รายงานการวิจัย
เรื่อง



ระบบการปรับใช้ กฎหมายอิสลาม ในประเทศไทย

สถาบันวิจัย และให้คำปรึกษา
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
เสนอต่อ
สถาบันวิจัยรพีพัฒนศักดิ์
สำนักงานศาลยุติธรรม
2554



รายงานการวิจัย

เรื่อง

ระบบการปรับใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย

กิตติศักดิ์	ปรกติ	หัวหน้าโครงการ
เจ๊ะเหล๊าะ	แขกพงศ์	
มะรอนิง	สาแลมิง	
มุฮำหมัดซากี	เจ๊ะหะ	
ฆอซาลี	เบ็ญหมัด	
นิเลาะ	แวอุเซ็ง	

สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษา มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

เสนอต่อ

สถาบันวิจัยรพีพัฒนศักดิ์ สำนักงานศาลยุติธรรม

2554

รายงานการวิจัยเรื่อง ระบบการปรับใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย
(Research Report on Application of Islamic Law in Thailand)

บรรณาธิการ กิตติศักดิ์ ปรกติ, เจ๊ะเหล๊าะ แขกพงศ์
(Kittisak Prokati, Cheloh Khagphong, eds.)

ISBN : 978-974-466-749-6

จัดพิมพ์โดย สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพฯ
(Thammasat University Research and Consultancy Institute, Bangkok)

พิมพ์ครั้งแรก พ.ศ. ๒๕๕๕
(First published 2012)

พิมพ์ที่ บริษัทโรงพิมพ์เดือนตุลา จำกัด โทร. ๐๒-๙๙๖-๗๓๙๒-๔

บทคัดย่อ

การปรับใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทยเป็นสิ่งจำเป็นอย่างยิ่ง โดยเฉพาะในส่วนที่ว่าด้วยครอบครัวและมรดก เนื่องจากเป็นบทบัญญัติทางศาสนาอิสลามและวิถีชีวิตของมุสลิม แต่สภาพการปรับใช้ยังมีข้อจำกัด อุปสรรคและปัญหา งานวิจัยนี้จึงมีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาระบบกฎหมายอิสลามโดยรวม ทั้งในส่วนที่เกี่ยวกับกฎหมายสารบัญญัติและวิธีสบัญญัติ การใช้กฎหมายอิสลาม และองค์กรบริหารและพัฒนาระบบการใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย ค้นหาแนวทางปรับปรุงและพัฒนาการปรับใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย ให้เกิดความเสมอภาค และพัฒนารูปแบบที่เหมาะสมขององค์กรศาลในการใช้กฎหมายอิสลาม โดยใช้วิธีการวิจัยเอกสารและการเก็บข้อมูลภาคสนาม

จากการวิจัยพบว่า

1) ระบบกฎหมายอิสลามประกอบด้วยสาระ วิธีการและขั้นตอน ตลอดจนกลไกการขับเคลื่อนที่จำเป็นสำหรับการบังคับใช้กฎหมายอย่างครอบคลุมและมุสลิมจะต้องนำมาปรับใช้ในการดำเนินชีวิตโดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนที่ว่าด้วยครอบครัวและมรดก

2) การใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทยมีข้อจำกัดในด้านองค์ความรู้ เครื่องมือและกลไกการบริหารและพัฒนาระบบการใช้กฎหมายอิสลามในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งของระบบกฎหมายไทยเป็นการเฉพาะ นักกฎหมาย และองค์กรของรัฐที่ดูแลและปรับใช้กฎหมายทั่วไปยังขาดความเข้าใจกฎหมายอิสลามอย่างเพียงพอ ขณะที่องค์กรต่าง ๆ ของสังคมมุสลิมตลอดจนสถาบันทางศาสนาอิสลามที่เกี่ยวข้องยังมีอำนาจหน้าที่และบทบาทในการรับผิดชอบอย่างจำกัด

3) ควรมีการปรับปรุงพัฒนาการใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทยทั้งในส่วนสารบัญญัติและวิธีสบัญญัติควบคู่กันไป โดยในส่วนสารบัญญัติต้องปรับปรุงให้มีเนื้อหาครอบคลุมและเป็นเนื้อหาที่มุสลิมทั่วประเทศสามารถยอมรับและเข้ากันได้กับระบบกฎหมายของประเทศโดยรวม และในส่วนวิธีสบัญญัติต้องพัฒนาให้สามารถนำหลักสารบัญญัติไปบังคับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ รวมทั้งสามารถขยายขอบเขตการบังคับใช้ไปยังประชากรมุสลิมที่อาศัยอยู่ในจังหวัดต่าง ๆ อย่างเสมอภาคเท่าเทียมทั่วประเทศ

4) ควรมีการจัดรูปแบบที่เหมาะสมขององค์กรศาลที่ใช้กฎหมายอิสลามทั้งในด้านชื่อ ลักษณะ ชั้นและบุคลากรขององค์กรศาลดังกล่าว ตลอดจนหน่วยงานส่งเสริมและสนับสนุนที่จะทำให้การบังคับใช้กฎหมายอิสลามมีประสิทธิภาพ

การพัฒนาการปรับใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทยอย่างเป็นระบบทั้งในด้านสาระ วิธีการ ขั้นตอน และมีองค์กรบริหารและการพัฒนาโดยเฉพาะ สอดคล้องกับอัตลักษณ์ และวิถีชีวิตของมุสลิม ย่อมจะก่อให้เกิดความเชื่อมั่นไว้วางใจต่อการปกครองโดยกฎหมาย เสริมสร้างความมั่นคงทางสังคม และย่อมจะนำไปสู่ความสงบสุขที่ยั่งยืน

Abstract

The application of Islamic law in Thailand is absolutely necessary especially in terms of Islamic family law and inheritance due to its involvement with Muslims' way of life. In addition, the application of Islamic law is facing with several limitations and problems. This study then aims to examine the Islamic law system in regard to substantive and procedural law; the application of Islamic law and the organizations for development and administration of Islamic law application in Thailand; guidelines for enhancement of Islamic law application in Thailand; and an appropriate model of court which implements Islamic law. The study applies both documentary analysis and field data collection.

The results are found as follows:

1. Islamic legal system consists of substantive, methods, procedures and mechanism necessary for inclusively enforcing the application of law especially with regard to Islamic family law and inheritance.

2. The application of Islamic law has limitations particularly in terms of mechanism. Moreover, there are no specific organizations for development and administration of Islamic law application in Thailand. State organizations are focusing their task on monitoring and implementing law in general. Muslims' organization is established, but does not play important role or have specific responsibility in administration of law.

3. The substantive and procedural law in regard to Islamic law application should be concurrently improved. With regard to the substantive law, its content should be extended in order to be recognized by the Muslims nationwide. In terms of the procedural law, it should be improved and developed so that substantive law could be applied effectively. Rather, its application should be equally extended to the Muslims for the whole country.

4. There should be an appropriate model of court implementing Islamic law with regard to its names, characteristics, level of court, and personnel. In addition, supportive units should be established to help make the application of Islamic law effective.

In sum, the systematic improvement in application of Islamic law whether in terms of its substantive, methods, procedures, and mechanism under the specific administrative and developmental organizations in accord with identity and way of life as demanded by Muslims is regarded as the shift of trust to the rule of law as well as enhancement of social security and sustainable peace.

กิตติกรรมประกาศ

งานวิจัยเรื่องระบบการปรับใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทยฉบับนี้เริ่มขึ้นและสำเร็จลุล่วงได้ด้วยการสนับสนุนทุนการวิจัยและความอนุเคราะห์ช่วยเหลือเป็นอย่างดียิ่งจากสถาบันวิจัยรพีพัฒนศักดิ์ สำนักงานศาลยุติธรรม ส่งผลให้การวิจัยครั้งนี้สามารถดำเนินไปได้ด้วยดีตั้งแต่เริ่มต้นจนกระทั่งเสร็จสิ้นกระบวนการวิจัย

คณะผู้วิจัยขอขอบคุณผู้ทรงคุณวุฒิผู้ให้ความกรุณาตรวจสอบเครื่องมือวิจัย ผู้ให้สัมภาษณ์ ผู้วิพากษ์แนวทางการปรับใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย อันประกอบด้วย คณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัด ดะโต๊ะยุติธรรม ผู้ทรงคุณวุฒิ นักวิชาการและประชาชนผู้ให้ข้อมูลตลอดจนผู้ประสานงานทุกท่านที่มีส่วนทำให้การเก็บข้อมูลดำเนินไปด้วยความราบรื่น ข้อมูลที่ได้รับจากท่านทั้งหลายเหล่านั้นเป็นประโยชน์อย่างมากต่องานวิจัยวิจัยนี้

ขอขอบคุณสถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม และมูลนิธิเพื่อศูนย์กลางอิสลามแห่งประเทศไทยที่ได้กรุณาเอื้อเฟื้อสถานที่สำหรับการจัดสัมมนาเพื่อการวิพากษ์ข้อเสนอแนวทางการปรับใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย

ขอขอบคุณมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ มหาวิทยาลัยนราธิวาสราชนครินทร์ มหาวิทยาลัย-สงขลานครินทร์ วิทยาเขตปัตตานี และมหาวิทยาลัยอิสลามยะลา ที่ได้กรุณาอำนวยความสะดวกต่าง ๆ แก่คณะผู้วิจัยเป็นอย่างดียิ่งส่งผลให้สามารถปฏิบัติหน้าที่และดำเนินการวิจัยในครั้งนี้สำเร็จลุล่วงได้ตามวัตถุประสงค์ทุกประการ

คณะผู้วิจัย

สารบัญ

สารบัญตาราง

หน้า

สารบัญแผนภูมิ

หน้า

ตารางปริวรรตอักษรอาหรับ-ไทย

พยัญชนะอาหรับ	คำอ่าน	พยัญชนะไทย
ا	อลีฟ	อ
ب	บาอ์	บ
ء	ฮัมซะฮฺ	อ (อ์ในกรณีเป็นตัวสะกดสุดท้าย)
ت	ตาอ์	ต
ث	ษาอ์	ษ
ج	ญีม	ญ (จญ์ ในกรณีเป็นตัวสะกด)
ح	หาอ์	ห มีข้อยกเว้น เช่น มุฮัมมัด รอฮีม
خ	คออ์	ค
د	ดาล	ด
ذ	ษาล	ษฺ
ر	รออ์	ร
ز	ซาย	ซ
س	สีน	ส มีข้อยกเว้น เช่น มูซา อีซา
ش	ชีน	ช
ص	ศอด	ศ
ض	ฎอด	ฎ
ط	ฏออ์	ฏ
ظ	ซฺออ์	ซฺ
ع	อัยนฺ	อฺ
غ	ฆอยนฺ	ฆ
ف	ฟาอ์	ฟ
ق	กอฟ	กฺ
ك	กาฟ	ก

พยัญชนะอาหรับ	คำอ่าน	พยัญชนะไทย
ل	ลาม	ล
م	มีม	ม
ن	นูน	น
ه	ฮาอฺ	ฮ (ในกรณีเป็นตัวสะกดใช้ ฮฺ)
و	วาว	ว
ي	ยาอ์	ย
(الفتحة)		-ั (ในกรณีมีตัวสะกด เช่น มัรวาน อาดัม ฯ) ะ , เ-าะ (อ็ ในกรณีมีตัวสะกด) ละสระในบางกรณี เช่น อลี บนี ฯ
(الكسرة)		-ิ
(الضمة)		-ุ
(الفتحة الممدودة)		า (อ ในกรณีมีตัวสะกด เช่น อัลฟา ร็อบ ฯ)
(الكسرة الممدودة)		-ี
(الضمة الممدودة)		-ู
ال–الشمسية		อั-ตามด้วยพยัญชนะตัวแรกของคำต่อไป เช่น อัดดีน อัฏฏีนฯ
ال–القمرية		อัล ตามด้วยคำต่อไป โดยไม่ต้องเว้นวรรค เช่น อัลกุรอาน อัลลอฮฺ อัลอิสลามฯ

คำอธิบายศัพท์สำคัญ

กะอฺบะฮฺ เป็นอาคารแห่งหนึ่ง บางครั้งเรียกว่า บัยตุลลอฮฺตั้งอยู่ ณ นครมักกะฮฺ เป็นสถานที่สำคัญอย่างยิ่ง เนื่องจากมุสลิมทั่วโลกจะต้องผินหน้าไปสู่ทิศที่ตั้งของอาคารนี้ในยามละหมาด และเป็นสถานที่ที่ผู้แสวงบุญเดินเวียนรอบในการประกอบพิธีฮัจญ์

กอฎี เป็นคำในภาษาอาหรับหมายถึงผู้พิพากษาตามกฎหมายอิสลามโดยในภาษามลายูมีการเพิ่มคำว่า“โต๊ะ”นำหน้าซึ่งเป็นคำที่บ่งบอกถึงการให้เกียรติจึงเรียกกันว่าโต๊ะกอฎี แต่มีการเพี้ยนคำในกฎข้อบังคับสำหรับปกครองบริเวณ 7 หัวเมือง ร.ศ. 120 ข้อที่ 32 เรียกว่า“โต๊ะกาลี”ในสารตราของเสนาบดีกระทรวงยุติธรรมที่ 30/4353 วันที่ 24 กันยายนพ.ศ. 2460 เรียกว่า“โต๊ะกาซี”

กอฎีอัลกุฎอต หัวหน้าสูงสุดฝ่ายตุลาการในประวัติศาสตร์ระบบบริหารงานยุติธรรมของรัฐอิสลาม ปัจจุบันอาจเทียบได้กับประธานศาลฎีกา

กุรูอฺ ช่วงเวลาที่มีโลหิตประจำเดือน หรือช่วงเวลาสิ้นสุดของโลหิตประจำเดือนของหญิง

กิยาส หลักเทียบเคียง เป็นแหล่งที่มาหนึ่ง (บ่อเกิด) ของบทบัญญัติแห่งกฎหมายอิสลาม หมายถึง การผนวกสิ่งที่ไม่มีตัวบทเข้ากับสิ่งที่มีตัวบท กำหนดบทบัญญัติไว้บนพื้นฐานแห่งกรณีที่ทั้งสองมีเหตุแห่งการกำหนดบทบัญญัติ (อิลละฮฺ) เหมือนกัน

คุลอฺ การหย่าโดยมีสินจ้าง เป็นการหย่าที่กระทำโดยภริยาด้วยการจ่ายทรัพย์สิน หรือประโยชน์อื่นใดเป็นสินจ้างให้แก่สามี

เคาะลีฟะฮฺ บางเอกสารเรียกว่า กาหลิบ หมายถึง ตำแหน่งผู้นำสูงสุดทางการปกครองในประวัติศาสตร์ระบอบอิสลาม ปัจจุบันไม่มีผู้ดำรงตำแหน่งนี้ในระบบการปกครองของรัฐใด ๆ ในโลกมุสลิม

ชัยคุลอิสลาม คำสมญานามใช้กับนักปราชญ์ผู้มีความรอบรู้ในวิชาการอิสลาม ต่อมากลายเป็นชื่อเรียกตำแหน่งที่มีบทบาทสำคัญในยุคออตโตมาน คล้ายตำแหน่งจุฬาราชมนตรีในประเทศไทย

ชีอะฮฺ กลุ่มมุสลิมกลุ่มหนึ่ง ที่เป็นผู้ปฏิบัติตามและสนับสนุนอะลี อิบนิอะบีฏอลิบ ให้ดำรงตำแหน่งเป็นเคาะลีฟะฮฺภายหลังจากท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ โดยยึดมั่นว่าตำแหน่งเคาะลีฟะฮฺหรือผู้นำสูงสุดหลังจากท่านนบีเป็นสิทธิของ

ท่านอะลีและลูกหลานของท่านเท่านั้น ต่อมาชีอะฮ์ได้มีความคิดแตกย่อยออกไปเป็นกลุ่มต่างๆ อีกจำนวนมาก เช่น ชีอะฮฺอีมามียะห์ ชีอะฮฺซัยดียะห์ และอื่น ๆ โดยแต่ละกลุ่มต่างก็มีหลักศรัทธาหลักปฏิบัติและแนวความคิดด้านกฎหมาย บางประการที่แตกต่างจากกลุ่มสุนหนี่แต่มีบางกลุ่มคล้ายคลึงกับกลุ่มสุนหนี่เช่น ชีอะฮฺซัยดียะห์

ซะกาต ทานบังคับสำหรับมุสลิมในปริมาณหรือจำนวนที่กำหนดเมื่อได้ครอบครองทรัพย์สินครบพิกัดการบริจาคทาน ซะกาตเป็นองค์ประกอบสำคัญประการหนึ่งในห้าประการของศาสนาอิสลาม โดยจะต้องบริจาคให้กับผู้มีสิทธิ 8 จำพวกตามบทบัญญัติแห่งอัลกุรอาน ได้แก่ คนยากจน คนขัดสน เจ้าหน้าที่ ซะกาตคนที่ต้องการกำลังใจ ทาส คนที่มีหนี้สินล้นพ้นตัว การบริจาคไปในหนทางของอัลลอฮ์ และคนที่อยู่ในระหว่างเดินทาง

ซูเราะห์ คำที่ใช้เรียกชื่อบทของคัมภีร์อัลกุรอาน เช่นซูเราะห์อัลฟาติฮะฮฺ ซูเราะห์อัลบะเกาะเราะฮฺ อัลกุรอานทั้งหมดประกอบด้วย 114 ซูเราะห์

ซูเราะห์อันนิซาอฺ ชื่อบทหนึ่งของอัลกุรอาน อยู่ในลำดับที่ 4 จากจำนวนทั้งหมด 114 บท อันนิซาอฺ หมายถึง บรรดาสตรี เนื่องจากในบทนี้ มีการกล่าวถึงบรรดาสตรีในมิติต่าง ๆ เช่น การสมรส สิทธิในการได้รับสินสมรส สิทธิในกองมรดก และอื่น ๆ

ซูเราะห์อันนูร ชื่อบทหนึ่งของอัลกุรอาน อยู่ในลำดับที่ 24 จากจำนวนทั้งหมด 114 บท อันนูร หมายถึงรัศมี เนื่องจากในบทนี้มีคำว่า รัศมีแห่งดวงประทีปของอัลลอฮฺ พระองค์ทรงเป็นดวงประทีปแห่งบรรดาชั้นฟ้าและแผ่นดิน

ซูเราะห์อัลอันอาม ชื่อบทหนึ่งของอัลกุรอาน อยู่ในลำดับที่ 6 จากจำนวนทั้งหมด 114 บท อัลอันอาม หมายถึง ปศุสัตว์ เนื่องจากในบทนี้มีการกล่าวถึงปศุสัตว์ที่อัลลอฮฺทรงประทานให้ใช้เป็นพาหนะ และเพื่อการบริโภค แต่ทว่าผู้ตั้งภาคีกลับหวงห้าม

ซูเราะห์อัลบะเกาะเราะฮฺ ชื่อบทหนึ่งของอัลกุรอาน อยู่ในลำดับที่ 2 จากจำนวนทั้งหมด 114 บท อัลบะเกาะเราะฮฺ หมายถึง วัวตัวเมีย เนื่องจากในบทนี้มีการกล่าวถึงวัวตัวเมียตัวหนึ่งที่ชาวยิวถูกบัญชาให้เชือดมันในสมัยนบีมูซา (อะลัยฮิสสลาม) เพื่อพิสูจน์การฆาตกรรมในหมู่พวกเขา

ซูเราะห์อัลมุญาดะละฮฺ ชื่อบทหนึ่งของอัลกุรอาน อยู่ในลำดับที่ 58 จากจำนวนทั้งหมด 114 บท อัลมุญาดะละฮฺ หมายถึง การโต้แย้ง เนื่องจากในบทนี้มีการกล่าวถึงเรื่องการโต้แย้งของสตรีผู้หนึ่ง (คือนางเคาวละฮฺ) กับท่านนบีมุฮัมมัด

ศ็อลลัลลอฮุอะลัยฮิวะสัลลัม ในกรณีของสามีของนางและนางได้ร้องทุกข์ต่ออัลลอฮฺ และอัลลอฮฺทรงได้ยินการตอบโต้ระหว่างทั้งสอง

ซูเราะห์อัลหัชรฺ ชื่อบทหนึ่งของอัลกุรอาน อยู่ในลำดับที่ 59 จากจำนวนทั้งหมด 114 บท อันหัชรฺ หมายถึงการให้ออกจากบ้านเรือน เนื่องจากในบทนี้มีคำว่าอันหัชรฺอยู่ในอายะฮฺที่ 2

ซูเราะห์อัลอะหฺซาบ ชื่อบทหนึ่งของอัลกุรอาน อยู่ในลำดับที่ 33 จากจำนวนทั้งหมด 114 บท อัลอะหฺซาบ หมายถึง พรรคพวกต่าง ๆ เนื่องจากในบทนี้มีพวกปฏิเสธศรัทธาชาวมักกะฮฺได้ร่วมมือกับชาวยิวทั้ง 3 เผ่าในเมืองมะดีนะฮฺเพื่อทำสงครามกับชาวมุสลิม แต่ทว่าอัลลอฮฺได้ตอบโต้ให้พวกเขาประสบกับความปราชัยอย่างปาฏิหาริย์

ญินาญาต กฎหมายอาญาอิสลามประเภทหนึ่ง เป็นบทบัญญัติว่าด้วยเรื่องความผิดและบทลงโทษประเภทต่างๆ เช่นความผิดฐานละเมิดต่อชีวิต ร่างกาย ชื่อเสียง ความผิดฐานลักทรัพย์ ความผิดฐานผิดประเวณี ความผิดฐานหมิ่นประมาทหรือใส่ร้ายผู้อื่น ความผิดฐานดื่มสิ่งมึนเมา และอื่นๆ

ญิบรีล เป็นมลาอิกะฮฺท่านหนึ่ง ผู้ทรงเกียรติและทำหน้าที่สำคัญยิ่ง ได้แก่นำสาส์นวิวรณ์แห่งอัลลอฮฺมาให้กับท่านนบีมูฮัมมัด ﷺ บางครั้งญิบริลจึงถูกเรียกว่า “เราะสูล” หมายถึงผู้นำสาส์น บางครั้งถูกเรียกว่า รูห หรือ รูหุลกุดุส หมายถึงวิญญาณหรือวิญญาณที่บริสุทธิ์

เฏาะบะกอต กลุ่มนักปราชญ์ที่มีความเชี่ยวชาญในแต่ละยุคสมัยหรือในแต่ละสาขาวิชา

เฏาะลาก คือการหย่า หมายถึง การคลายนิติสัมพันธ์การสมรสระหว่างสามีภริยาโดยอำนาจของสามีตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้

ดะโต๊ะยุติธรรม ข้าราชการฝ่ายตุลาการซึ่งได้รับแต่งตั้งให้เป็นผู้มีอำนาจและหน้าที่ในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อกฎหมายอิสลาม ตามพระราชบัญญัติการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัด ปัตตานี ยะลา นราธิวาสและสตูล พ.ศ. 2489

ตะอาลา คำกล่าวสรรเสริญที่ถูกกล่าวท้ายการกล่าวนามของอัลลอฮฺ มีความหมายว่าผู้ทรงสูงส่ง

ตะอฺซีร บทลงโทษทางอาญาประเภทหนึ่งในกฎหมายอิสลาม สำหรับความผิดที่มิได้กำหนดลักษณะหรือรูปแบบของการลงโทษไว้โดยเฉพาะในอัลกุรอานและซุนนะฮฺ รัฐหรือผู้พิพากษาสามารถใช้ดุลพินิจในการกำหนดตามความเหมาะสม

ตักบีร คำกล่าวประโยคภาษาอาหรับว่า “อัลลอฮุอักบัร” มีความหมายว่า อัลลอฮฺผู้ทรงยิ่งใหญ่ ถือเป็นองค์ประกอบหนึ่งของการละหมาด

ตัลฟีค การผสมผสานหรือรวมระหว่างทัศนะของมัซฮับต่าง ๆ ในกฎหมายอิสลาม

ตาบิอีน โดยทั่วไปหมายถึงบุคคลหรือสิ่งที่ติดตามผู้อื่นหรือสิ่งอื่น ในทางวิชาการอิสลามหมายถึงบรรดาศรัทธาชนที่ได้พบเห็นกับเศาะฮาบะฮฺของท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ

นะซัร/นาซาร์ โดยทั่วไปหมายถึงการบนบานต่ออัลลอฮฺว่า จะกระทำความดีอย่างหนึ่งอย่างใดเมื่อบรรลุผลสำเร็จตามความประสงค์ เช่น จะถือศีลอดเมื่อหายป่วย และยังหมายถึงการแสดงเจตนาจัดการทรัพย์สินเผื่อตาย ในรูปของการอุทิศโดยให้มีผลต่อเมื่อผู้แสดงเจตนาได้ถึงแก่ความตาย

นบี โดยทั่วไป หมายถึง ผู้บอกข่าว ในทางวิชาการอิสลาม หมายถึง ศาสนทูตของ-อัลลอฮฺ ผู้ซึ่งได้รับแต่งตั้งจากพระองค์ให้เป็นผู้นำสาส์นของพระองค์มาปฏิบัติ แต่ไม่มีหน้าที่ประกาศแก่มนุษยชาติ บางครั้งใช้คำว่านบีในความหมายเราะสูล เช่น นบีมุฮัมมัด

ฟะสัค การเพิกถอนการสมรสโดยคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาล ซึ่งสามีหรือภริยาจำต้องดำเนินคดีฟ้องร้องต่อศาลเมื่อมีเหตุอย่างหนึ่งอย่างใดที่เกิดขึ้นกับอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งทำให้ตนได้รับความเสียหาย ดั่งที่ระบุในกฎหมายอิสลามเช่นกรณีสามีหรือภริยามีความบกพร่องทางร่างกายหรือจิตใจอันเป็นอุปสรรคต่อการบรรลุเป้าหมายของการสมรสหรือเหตุที่ทำให้เสียชื่อเสียงแก่วงศ์ตระกูลแก่ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดฝ่ายผู้เสียหายย่อมฟ้องต่อศาลเพื่อขอเพิกถอนการสมรสได้เป็นต้น

ฟัตวา การให้ความเห็นทางกฎหมาย เพื่อวินิจฉัยปัญหากฎหมายอิสลาม ซึ่งผู้รู้ทางกฎหมายอิสลาม หรือมุฟตีย์เป็นผู้ให้ไว้ แต่ฟัตวาไม่มีผลผูกพันเหมือนคำพิพากษา

ฟัรฎู มีความหมายเดียวกับวาญิบในทัศนะของนักปราชญ์ส่วนใหญ่ คือ หมายถึงสิ่งที่มีบทบัญญัติทางศาสนาอิสลามเรียกร้องให้ปฏิบัติในลักษณะบังคับโดยเด็ดขาด แบ่งออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ ฟัรฎูอัยน์ คือ ข้อบังคับในระดับบุคคล กับฟัรฎูกิฟายะห์ คือ ข้อบังคับในระดับชุมชนหรือสังคม

ฟัรฎูกิฟายะห์ สิ่งที่มีบทบัญญัติทางศาสนาอิสลามเรียกร้องให้กลุ่มคนหรือชุมชนกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดในลักษณะบังคับถ้าเมื่อมีบุคคลหรือคณะบุคคลใน

สังคมใดได้ดำเนินการดังกล่าวย่อมส่งผลให้ทุกคนในสังคมนั้นพ้นภาระรับผิดชอบดังกล่าวไปด้วยแต่ถ้าหากไม่มีบุคคลหรือคณะบุคคลใดดำเนินการย่อมส่งผลให้ทุกคนในสังคมนั้นต้องร่วมกันรับผิดและต้องถูกลงโทษจากอัลลอฮฺเช่นการจัดการศพหรือการจัดให้มีองค์กรหรือสถาบันศาลอิสลามเป็นต้น

มะญัลละฮฺอัลอะหฺกามอัลอัดลียะฮฺ ประมวลบทบัญญัติกฎหมายอิสลามภาคมุอามะลาต ตราขึ้นใช้ในยุคออตโตมานตามแนวมัซฮับหะนะฟีย์ ประกอบด้วยลักษณะซื้อขาย การเช่า การจำนำ จำนองและนิติกรรมสัญญาอื่นๆ ดำเนินการยกร่างโดยคณะกรรมการซึ่งประกอบด้วยบรรดานักนิติศาสตร์อิสลามที่มีชื่อเสียงเป็นที่ยอมรับในสมัยนั้น เริ่มดำเนินการในปีฮ.ศ. 1286 (ค.ศ. 1874) เสร็จสิ้นและประกาศใช้เมื่อปีฮ.ศ. 1293

มะฮัรฺ ทรัพย์สินหรือสิ่งมีค่าอื่นใดตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายอิสลาม ซึ่งถูกมอบให้แก่หญิงเป็นค่าสมรสในขณะที่ทำการสมรส หรือตกลงจะมอบให้ในภายหลัง มะฮัรเป็นหน้าที่ของชายหรือฝ่ายชายที่จะต้องมอบให้แก่หญิงที่ต้องการสมรสด้วยและตกเป็นกรรมสิทธิ์ของหญิงนั้น

มักรูฮฺ สิ่งที่มีบทบัญญัติทางศาสนาอิสลามส่งเสริมให้ละทิ้ง แต่ไม่ถึงระดับห้ามเด็ดขาด โดยผู้ละทิ้งจะได้รับกุศลบุญตอบแทน และผู้กระทำจะไม่ถูกลงโทษ

มัซฮับ สำนักคิดทางกฎหมายอิสลาม ที่มีระเบียบวิธีวิทยาการวิเคราะห์ข้อบัญญัติแห่งกฎหมายอิสลามจากแหล่งที่มาต่างๆที่เกี่ยวข้องกับกรณีแห่งข้อบัญญัตินั้นๆ ซึ่งกำหนดโดยปราชญ์ผู้มีความเชี่ยวชาญในด้านกฎหมายอิสลาม มัซฮับที่แพร่หลายในปัจจุบันมี 4 มัซฮับ ได้แก่มัซฮับมาลิกี มัซฮับหะนะฟี มัซอับชาฟิอีย์ และมัซฮับหันบาลี

มัซฮับชาฟิอีย์ ระเบียบวิธีวิทยาการวิเคราะห์ข้อบัญญัติแห่งกฎหมายอิสลามตามมัซฮับชาฟิอีย์ ซึ่งวางรากฐานไว้โดยอิหม่ามชาฟิอีอะบูอับดุลลอฮฺมุฮัมมัดอิบนุอิดรีสอิบนุอับบาสอัชชาฟิอี ระเบียบวิธีวิทยาการวิเคราะห์ของมัซฮับนี้ประกอบด้วยการยึดถืออัลกุรอาน ซุนนะฮฺ อิจญฺมาอฺ กิยาส และอิสติศหาบตามลำดับ มัซฮับชาฟิอีย์ปฏิเสธการใช้หลักอิสติหฺซานและหลักมะศอลิหฺมุรสะละฮฺ

มัซฮับมาลิกีย์ ระเบียบวิธีวิทยาการวิเคราะห์ข้อบัญญัติแห่งกฎหมายอิสลามตามมัซฮับมาลิกีย์ซึ่งวางรากฐานไว้โดยอิหม่ามมาลิกอิบนุอนัสอิบนุมาลิกอัลอัศบุฮีย์ ระเบียบ

วิธีวิทยาการวิเคราะห์ของมัซฮับนี้ โดยทั่วไปยึดถืออัลกุรอานซุนนะฮฺ อิจญฺมาอฺ กิยาส วิถีปฏิบัติของชาวมะดีนะฮฺ มะศอลิหฺมุรสะละฮฺ อิสติหฺซานสัดดุซซะรอเอี๊ยะอฺอุรฟฺ และอิสติศหาบ

มัซฮับหะนะฟีย์ ระเบียบวิธีวิทยาการวิเคราะห์ข้อบัญญัติแห่งกฎหมายอิสลามตามมัซฮับหะนะฟีย์ ซึ่งวางรากฐานไว้โดยอิหม่ามหะนะฟีอันนุอฺมานอิบนุษาบิตอัลหะนะฟี (ฮ.ศ. 80-150) ระเบียบวิธีวิทยาการวิเคราะห์ของมัซฮับนี้ โดยทั่วไปประกอบด้วยการยึดถือ อัลกุรอาน ซุนนะฮฺ อิจญฺมาอฺ กิยาส และอิสติหฺซานตามลำดับ

มัซฮับหันบะลีย์ ระเบียบวิธีวิทยาการวิเคราะห์ข้อบัญญัติแห่งกฎหมายอิสลามตามมัซฮับหันบะลีย์ซึ่งวางรากฐานไว้โดยอิหม่ามหันบะลีย์อะหฺมัดอิบนุมุฮัมมัดอิบนุหันบัลอัชชัยบานีย์ เป็นมัซฮับที่เคร่งครัดในหลักฐานตัวบทและใช้หลักฐานเชิงปัญญาหรือเหตุผลน้อยที่สุดเมื่อเปรียบเทียบกับมัซฮับอื่นๆ โดยไม่อนุญาตให้ใช้หลักฐานกิยาสนอกจากในกรณีที่จำเป็นอย่างยิ่งเท่านั้น ระเบียบวิธีวิทยาการวิเคราะห์ของมัซฮับนี้ โดยทั่วไป ประกอบด้วยการยึดถืออัลกุรอาน ซุนนะฮฺ อิจญฺมาอฺ กิยาส อิสติศหาบ มะศอลิหฺมุรสะละฮฺ สัดดุซซะรอเอี๊ยะอฺ และทัศนะของเศาะหาบีย์ตามลำดับ

มะศอลิหฺมุรสะละฮฺ เป็นแหล่งที่มาของบทบัญญัติแห่งกฎหมายอิสลามประการหนึ่ง หมายถึงหลักประโยชน์ทั่วไป ถือเป็นแหล่งที่มาของกฎหมายอิสลามประการหนึ่งสำหรับกรณีที่ไม่มีตัวบทระบุไว้โดยตรงตามทัศนะของบางมัซฮับ

มลาอิกะฮฺ บ่าวของอัลลอฮฺผู้ถูกสร้างมาจากรัศมี ทำหน้าที่สรรเสริญและรับใช้พระองค์ตามความเชื่อของชาวมุสลิม มลาอิกะฮฺมีจำนวนมากมาย และมีหน้าที่ที่แตกต่างกันตามภารกิจที่กำหนด

มันดูบ สิ่งที่มีบทบัญญัติทางศาสนาอิสลามส่งเสริมให้กระทำ แต่ถึงระดับบังคับ โดยผู้กระทำจะได้รับกุศลบุญตอบแทน และผู้ละทิ้งหรือเพิกเฉยจะไม่ถูกลงโทษ

มุจญ์ตะฮิด ความหมายโดยทั่วไปหมายถึง ผู้ที่ทุ่มเทความพยายามอย่างสุดกำลัง เพื่อบรรลุถึงเป้าหมายอันสูงสุด ความหมายในทางกฎหมายอิสลาม หมายถึง ผู้ที่มีความรอบรู้เกี่ยวกับอัลกุรอาน สุนนะฮฺ อิจญฺมาอฺ กิยาส ภาษาอาหรับ อุศูลุ้ลฟิกฮฺ วิธีวิทยาการวิเคราะห์วินิจฉัย นาสิกและมันสูคได้ การทุ่มเท

ความพยายามในการวิเคราะห์วินิจฉัยหุกมฺ หรือข้อบัญญัติทางกฎหมายอิสลาม ซึ่งมีหลายระดับ เช่น มุจญ์ฮิดมุฏลัค มุจญ์ตะฮิดมัซฮับ เป็นต้น

มุจญ์ตะฮิดฟัตวา มุจญ์ตะฮิดที่สามารถในการให้น้ำหนัก (ตัรญีหฺ) ระหว่างทัศนะต่าง ๆ ของอิหม่าม หรือระหว่างทัศนะของอิหม่ามกับสานุศิษย์ หรือระหว่างทัศนะของบรรดาอิหม่ามมัซฮับต่างๆ เป็นต้น

มุจญ์ตะฮิดมัซฮับ มุจญ์ตะฮิดที่ยึดระเบียบวิธีวิทยาการวิเคราะห์ของอิหม่ามผู้นำมัซฮับ แต่อาจมีความเห็นที่แตกต่างกับอิหม่ามในหลักทฤษฎีทางฟิกฮฺและวิธีวิทยาการวิเคราะห์และการปรับใช้หลักวิธีวิทยาการวิเคราะห์กับข้อเท็จจริง

มุจญ์ตะฮิดมุฏลัค มุจญ์ตะฮิดที่มีระเบียบวิธีวิทยาการวิเคราะห์เฉพาะของตัวเองในการวิเคราะห์วินิจฉัยหุกมฺ หรือข้อบัญญัติทางกฎหมายอิสลาม เช่น อิหม่ามหะนะฟีย์ อิหม่ามมาลิกีย์ อิหม่ามชาฟิอีย์ และอิหม่ามหันบาลีย์ เป็นต้น

มุฟตีย์ ผู้ทำหน้าที่อธิบายข้อคำถามเกี่ยวกับประเด็นปัญหาทางกฎหมายอิสลามโดยคำอธิบายนั้นไม่มีผลผูกพันผู้ถามที่จะต้องปฏิบัติตามต่างกับคำตัดสินของผู้พิพากษา

มุตอะฮฺ ทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดที่ชอบด้วยกฎหมายอิสลาม ซึ่งสามีมีหน้าที่จะต้องชำระให้แก่ภริยา อันเนื่องมาจากขาดจากการสมรส ด้วยเหตุการณ์หย่าหรือเหตุอื่นที่คล้ายคลึงกัน ซึ่งมิได้เป็นเหตุมาจากภริยา

มุนากะหาต กฎหมายแพ่งอิสลาม ในส่วนที่เกี่ยวกับบทบัญญัติว่าด้วยเรื่องครอบครัวและมรดก เช่น การหมั้น การสมรส มะฮัรฺ ผู้บุพการี ผู้สืบสันดาน การแบ่งปันมรดก และพินัยกรรม เป็นต้น

มุบาหฺ สิ่งที่ไม่มีบทบัญญัติทางศาสนาอิสลามส่งเสริมกระทำหรือละทิ้ง โดยผู้ละทิ้งจะไม่ได้รับกุศลบุญตอบแทนและผู้กระทำจะไม่ถูกลงโทษ

มุอามะลาต กฎหมายพาณิชย์อิสลาม ในส่วนที่เกี่ยวกับบทบัญญัติ ว่าด้วยเรื่องธุรกรรมต่างๆ การประกอบอาชีพและการดำรงชีวิตอยู่อย่างปกติสุขระหว่างมนุษย์ในโลกนี้ เช่นนิติกรรมสัญญา การค้าขาย การจำนอง จำนำ การค้ำประกัน การหุ้นส่วนบริษัท เป็นต้น

มุอฺตะซิละฮฺ กลุ่มความคิดอิสลามกำเนิดขึ้นในช่วงปลายยุคอุมะวียะห์และรุ่งเรืองในยุคเคาะลีฟะฮฺสายสกุลอับบาสกลุ่มความคิดมุอฺตะซิละฮฺ ยึดหลักปัญญาและเหตุผลเป็นสำคัญในการอธิบายหลักศรัทธาในศาสนาอิสลาม โดยได้รับอิทธิพลจากแนวคิดทางปรัชญาโบราณ

มุฮัมมัด คือนบีท่านสุดท้ายที่อัลลอฮฺแต่งตั้งให้เป็นศาสนทูตตามความเชื่อของชาวมุสลิม ทำหน้าที่ประกาศศาสนาอิสลามแก่มวลมนุษย์ นบีมุฮัมมัด เกิดที่นครมักกะฮฺ ประเทศซาอุดิอารเบีย เมื่อวันจันทร์ที่ 12 เดือนร่อบีอุ้ลเอาวัล ค.ศ. 571 หรือ พ.ศ. 1114 เป็นชาวอาหรับ ตระกูลกุรัยช์ บิดาชื่ออับดุลลอฮฺ บุตรของอับดุลมุฏฏอลิบ มารดาชื่ออะมีนะฮฺบุตรของวะฮับ

ยุคคุละฟาอ์รอชิดูน ยุคหนึ่งของประวัติศาสตร์อาณาจักรอิสลาม เป็นยุคถัดจากยุคของท่านนบีมุฮัมมัด เริ่มตั้งแต่สมัยของเคาะลีฟะฮฺอะบูบักรฺ กระทั่งถึงการสละตำแหน่งเคาะลีฟะฮฺของอัลหะซันอิบนุอะลี ในระหว่างปีฮ.ศ. 11 –ฮ.ศ. 41 ตรงกับ ค.ศ. 632– 661 มีเคาะลีฟะฮฺปกครอง 4 ท่านมีระยะเวลาประมาณ 32 ปี

ยุคเคาะลีฟะฮฺสายสกุลอับบาส ยุคหนึ่งของประวัติศาสตร์อาณาจักรอิสลาม เป็นยุคถัดจากยุคเคาะลีฟะฮฺสายสกุลอุมัยยะฮฺ ปกครองโดยเคาะลีฟะฮฺสายสกุลอับบาส ระหว่างปี ฮ.ศ. 132 ถึง 656 ตรงกับ ค.ศ. 660 ถึง 1258 เริ่มต้นสถาปนาอาณาจักร โดยเคาะลีฟะฮฺอะบูอัลอับบาสอัสสัฟฟาหฺ มีระยะเวลายาวนานกว่า 5 ศตวรรษ นักประวัติศาสตร์แบ่งออกเป็น 2 ยุค ได้แก่ยุคที่ 1 ระหว่างปี ฮ.ศ. 132 ถึง 232 และยุคที่ 2 ระหว่างปี ฮ.ศ. 232 ถึง 656 ยุคที่ 1 เป็นยุคที่มีความเจริญรุ่งเรืองอย่างมาก จนได้รับการขนานนามว่าเป็นยุคทองแห่งอาณาจักรอับบาสียะห์

ยุคเคาะลีฟะฮฺสายสกุลอุมัยยะฮฺ ยุคหนึ่งของประวัติศาสตร์อาณาจักรอิสลาม เป็นยุคถัดจากยุคคุละฟาอุรรอชิดูน ปกครองโดยเคาะลีฟะฮฺสายสกุลอุมัยยะฮฺ ระหว่างปี ฮ. ศ. 40 ถึง 132 ตรงกับ ค.ศ. 660 ถึง 750 เริ่มต้นสถาปนาอาณาจักรโดยเคาะลีฟะฮฺมุอาวิยะฮฺอิบนุอบูซุฟยานอิบนุหัรบฺอิบนุอุมัยยะฮฺ ในยุคนี้มีเคาะลีฟะฮฺปกครองทั้งหมด 14 ท่าน มีระยะเวลาประมาณ 91 ปี

ยุคออตโตมาน เป็นยุคสมัยหนึ่งของอาณาจักรอิสลาม เริ่มสถาปนาขึ้นในปี ฮ.ศ. 699 ตรงกับค.ศ. 1299 สิ้นสุดในปี ฮ.ศ.1342 ตรงกับ ค.ศ. 1923 มีระยะเวลากว่า 600 ปี สถาปนาโดยอุษมานอิบนุอัรฏุฆรุลชาวเตอร์ก “ออตโตมาน”จึงเป็นชื่อที่ถูกพาดพิงไปยังนามของท่าน อาณาจักรแห่งนี้ได้แผ่ขยายกว้างใหญ่ครอบคลุมทวีปเอเชีย ยุโรป และแอฟริกา ในช่วงเวลาต่อมาสามารถพิชิตกรุงคอนแสตนติโนเปิล และอาณาจักรไบแซนไทน์ แต่ต่อมาภายหลังตกต่ำและล่มสลายในยุคของมุศฏอฟากามาลอะตาเตอร์ก ในปี ฮ.ศ.1342 ตรงกับค.ศ. 1923

เราะสูล ศาสนทูตแห่งอัลลอฮฺ ผู้ซึ่งได้รับแต่งตั้งจากพระองค์ให้เป็นผู้นำสาส์นของพระองค์มาปฏิบัติและประกาศแก่มนุษยชาติ

ละหมาด พิธีการขอพรสดุดีและแสดงความจงรักภักดีต่ออัลลอฮฺ เป็นองค์ประกอบสำคัญประการหนึ่งในห้าประการของศาสนาอิสลาม ในภาษาอาหรับเรียกว่า “เศาะลาต” มุสลิมทุกคนจะต้องปฏิบัติละหมาดวันละ 5 เวลา

ลิอาน เป็นพิธีการหนึ่งโดยการสาบานระหว่างสามีภริยาในกรณีที่สามีเชื่อว่า ภริยามีชู้กับชายอื่นแต่ไม่มีหลักฐานยืนยันและภริยาปฏิเสธ เมื่อพิธีลิอานเสร็จสิ้นแล้ว ทั้งสองฝ่ายจะต้องหย่าขาดกันตลอดไป และมีผลทำให้สามีมีสิทธิปฏิเสธการรับรองบุตรได้

วะหฺยู หมายถึงวิวรณ์ ความหมายทั่วไปหมายถึงการดลใจ การบอกให้รู้ การสื่อให้โดยการแนะนำแบบลับๆ โดยผู้ถูกสื่อให้เท่านั้นที่จะรับรู้และเข้าใจเองได้ คัมภีร์อัลกุรอานคือวะหฺยูที่อัลลอฮฺทรงมีแก่ท่านนบีมุฮัมมัดﷺ ท่านนบีได้เล่าเกี่ยวกับความรู้สึกของท่านในขณะที่ได้รับวะหฺยูบางครั้งว่า จะได้ยินเหมือนเสียงกังวานของกระดิ่งซึ่งทำให้ท่านรู้สึกเจ็บปวดมาก เมื่อเสียงกังวานหยุดลง ท่านก็จะได้รับสิ่งที่ถูกบอกแจ้ง บางครั้งมลาอิกะฮฺ (ญิบรีล) มาพูดกับท่านในรูปของมนุษย์คนหนึ่ง บางครั้งท่านจะได้ยินเสียงเหมือนผึ้งบิน และบางครั้งได้ยินเสียงเหมือนโลหะถูกตีเป็นต้น

วักฟฺ การบริจาคทรัพย์ หรือมอบผลประโยชน์แห่งทรัพย์ ให้กับบุคคลที่กำหนดและมีอยู่จริง ตามหลักกฎหมายอิสลาม ผลของการวักฟฺทำให้กรรมสิทธิ์แห่งทรัพย์นั้นตกเป็นของอัลลอฮฺ หรือเป็นของส่วนรวมและห้ามโอนตลอดไป

วันกิยามัต หมายถึงวันแห่งการฟื้นคืนชีพ มีความหมายเดียวกับคำว่า วันอาคิเราะฮฺ

วาญิบ สิ่งที่มีบทบัญญัติทางศาสนาอิสลามกำหนดให้ปฏิบัติในลักษณะบังคับ โดยผู้กระทำจะได้รับกุศลบุญ และผู้ละทิ้งจะถูกลงโทษ

เศาะหาบีย์/เศาะหาบะฮฺ ในทางภาษาหมายถึงสหายหรือเพื่อนผู้ใกล้ชิดในทางวิชาการอิสลามหมายถึงบรรดาศรัทธาชนผู้มีความใกล้ชิดกับท่านนบีมุฮัมมัดﷺ รวมไปถึงบรรดาผู้ที่แม้อาจมิได้อยู่ใกล้ชิดกับท่านก็ตาม แต่ก็ได้เห็นการกระทำและได้ยินคำพูดของท่าน

ศาลชะรีอะฮฺ ศาลที่ใช้กฎหมายอิสลามในการพิจารณาและพิพากษาคดี ทั้งในด้านสารบัญญัติและวิธีสบัญญัติ

สะลัม สัญญาซื้อขายประเภทหนึ่ง มีลักษณะซื้อขายล่วงหน้า โดยผู้ซื้อจ่ายเงินซื้อสินค้าให้กับผู้ขายในขณะที่ยังไม่มีสินค้า โดยสัญญาว่าจะรับสินค้านั้นในอนาคต ตามที่กำหนดลักษณะไว้โดยชัดเจนแน่นอน

สัญญาตะอฺลีก สัญญาแนบท้ายสัญญาสมรสที่กำหนดเงื่อนไขอย่างหนึ่งใดเพิ่มเติม เพื่อประโยชน์แก่ภริยาหรือสามี หรือทั้งสองฝ่าย แล้วแต่กรณี

สัดดุซซะรออิอฺ เป็นแหล่งที่มาของบทบัญญัติอิสลามประการหนึ่ง หมายถึงหลักการป้องกันโดยห้ามการกระทำบางอย่างที่จะนำไปสู่ความเสียหายหรือเป็นโทษ ซึ่งถือเป็นแหล่งที่มาของกฎหมายอิสลามในทัศนะของบางมัซฮับ เช่น การห้ามขุดบ่อริมทางเดิน เพื่อป้องกันมิให้คนที่เดินผ่านไปมาตกบ่อ เป็นต้น

สุนนะฮฺ วิถีปฏิบัติทุกประการของท่านนบีมุฮัมมัดﷺ ทั้งการกระทำและคำพูด ตลอดจนการยอมรับของท่าน

สุลต่าน เป็นตำแหน่งหนึ่งที่แต่งตั้งให้กับรัฐมนตรีตามความเห็นชอบของเคาะลีฟะฮฺ ในยุคการปกครองของเคาะลีฟะฮฺสายสกุลอับบาซียะห์ในประวัติศาสตร์อิสลาม ปัจจุบันใช้เรียกผู้ปกครองหรือประมุขของรัฐอิสลามที่มีอำนาจอธิปไตย

หะดีษกุดซี วจนะของท่านนบีมุฮัมมัดﷺ แต่เนื้อหาความหมายเป็นวิวรณ์ (วะหฺยุ) มาจากอัลลอฮฺ

หะดีษเฎาะอีฟ หะดีษที่หย่อนความน่าเชื่อถือ เนื่องจากมีข้อบกพร่องในสายรายงานหรือในตัวบทหะดีษ เช่น หะดีษที่ผู้รายงานมีความจำบกพร่อง มีคุณสมบัติไม่น่าเชื่อถือ สายรายงานไม่ต่อเนื่อง หรือตัวบทหะดีษมีถ้อยความที่ขัดแย้งกับหะดีษอื่นที่ผู้รายงานมีความน่าเชื่อถือสูงกว่า

หะดีษทั้งสิบ หมายถึงหนังสือประมวลวจนะของท่านนบีมุฮัมมัดทั้งสิบฉบับ ได้แก่เศาะฮีหฺบุคอรี เศาะฮีหฺมุสลิม สุนันอะบูดาวู๊ด สุนันอัตติรมิซี สุนันอิบนิมาญะฮฺ สุนันอัลนะสาอี มุสนัดอิมามอะหฺมัด มุสนัดอะบีบักรฺอัลบัซซาซมุ สนัดอะบียะอฺลา อัลมุอฺญัมอัลกะบีรลิฏเฏาะบะรอนี

หะดีษมัชฮูร หะดีษที่มีผู้รายงานในแต่ละช่วงชั้นสองหรือสามคนขึ้นไป แต่ไม่มากถึงขั้นที่มีผู้รายงานอย่างมากมายกว้างขวาง (มุตะวาติร)

หะดีษมุรสัล หะดีษที่มีผู้รายงานชั้นเศาะหาบะฮฺตกไปจากสายรายงาน นับเป็นหะดีษที่หย่อนความน่าเชื่อถือประเภทหนึ่ง

หะดีษอันนะบะวีย์ มีความหมายเดียวกับคำว่า สุนนะฮฺ

หะรอม สิ่งที่มีบทบัญญัติทางศาสนาอิสลามกำหนดให้ละทิ้งในลักษณะบังคับ คือ ห้ามเด็ดขาด โดยผู้ละทิ้งจะได้รับกุศลบุญตอบแทน และผู้ฝ่าฝืนจะถูกลงโทษ เช่น การฉ้อโกง การผิดสัญญา การก่อความเสียหายในหน้าแผ่นพื้นดิน การกินดอกเบี้ย การผิดประเวณี การดื่มสุรา และการพนัน เป็นต้น

หักกุลลอฮฺ บทบัญญัติอิสลามที่เกี่ยวข้องกับการกระทำอันเป็นสิทธิของสังคมโดยรวม ซึ่งเป็นสิทธิแห่งอัลลอฮฺถูกบัญญัติขึ้นเพื่อประโยชน์สาธารณะ หรือเพื่อพิทักษ์รักษาประโยชน์สุขของบุคคลในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งของสังคม ไม่จำกัดอยู่แต่เฉพาะบุคคลใดบุคคลหนึ่ง และรวมถึงบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการพิทักษ์รักษาประโยชน์สุขของสังคมส่วนรวม เช่น บทบัญญัติว่าด้วยความผิดและโทษทัณฑ์ต่างๆ เช่นโทษฐานผิดประเวณี โทษฐานลักทรัพย์ และโทษฐานเสพสิ่งมึนเมา

หักกุลอาดัม บทบัญญัติอิสลามที่เกี่ยวข้องกับการกระทำอันเป็นสิทธิของมนุษย์ ถูกบัญญัติขึ้นเพื่อพิทักษ์รักษาผลประโยชน์ของบุคคลในฐานะปัจเจกบุคคล เช่น สิทธิที่จะได้รับค่าทำขวัญค่าสินไหมทดแทน สิทธิยึดหน่วงทรัพย์จำนำจำนอง และสิทธิในทางแพ่งอื่นๆ

หิสบะห์ ความหมายโดยทั่วไป หมายถึงการนับหรือการคิดคำนวณ ต่อมาเมื่อได้มีการนำมาเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการยุติธรรม หิสบะห์ถูกให้ความหมายว่าเป็นอำนาจหน้าที่ในการเรียกร้องเชิญชวนสู่การกระทำความดี และห้ามปรามจากความชั่ว โดยมีพนักงานเจ้าหน้าที่รับผิดชอบ เรียกว่า“มุหฺตะสิบ” สามารถดำเนินการลงโทษกับผู้ที่ฝ่าฝืนหรือกระทำความผิดในขั้นต้นได้ คล้ายเจ้าหน้าที่ตำรวจในปัจจุบัน

หุกมฺ ความหมายโดยทั่วไปหมายถึงการพิพากษา การตัดสิน ความรู้ ความเข้าใจและความประณีต หุกมฺ ในทางอุศูลุ้ลฟิกฮฺหมายถึงโองการแห่งอัลลอฮฺที่เกี่ยวข้องกับการกระทำต่างๆ ของบุคคลมีลักษณะเป็นการสั่งให้กระทำหรือให้งดเว้นกระทำ หรือให้เลือกระหว่างการกระทำและไม่กระทำ หรือเป็นลักษณะการวางกฎเกณฑ์ในการกระทำแล้วแต่กรณี

หนังสือเศาะฮีหฺทั้งหก หนังสือประมวลวจนะของท่านนบีมุฮัมมัด ศ็อลลัลลอฮุอะลัยฮิวะสัลลัม โดยนักวิชาการหะดีษชั้นนำ 6 ท่านคือ อัลบุคอรี มุสลิม อัตติรมิซี อัลนะสาอี อบูดาวูด และอิบนุมาญะฮฺ ถือเป็นประมวลวจนะที่ได้รับการยอมรับ

และถูกใช้อ้างอิงอย่างแพร่หลาย ได้แก่ เศาะฮีหฺบุคอรี เศาะฮีหฺมุสลิม สุนันติรมิซี สุนันนะซาอี สุนันอบูดาวูด และสุนันอิบนุมาญะฮฺ

เหนียต เจตนาหรือความรู้สำนึกในการกระทำ ถือเป็นองค์ประกอบหนึ่งของการกระทำที่สมบูรณ์ตามกฎหมายอิสลาม

อะกีดะฮฺ หลักศรัทธาในศาสนาอิสลาม นับเป็นรากฐานสำคัญของศาสนาแต่ไม่ถือเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายอิสลาม ประกอบด้วยการศรัทธาต่ออัลลอฮฺ มลาอิกะฮฺ คัมภีร์ศาสนทูต วันอาคิเราะฮฺ และการลิขิตของพระองค์

อัลกุรอาน คัมภีร์ที่อัลลอฮฺได้ประทานให้แก่นบีมุฮัมมัด และเป็นคัมภีร์สุดท้ายที่ได้ส่งมาให้แก่มวลมนุษยชาติตามความเชื่อของชาวมุสลิม อัลกุรอานแบ่งออกเป็นบท เรียกว่า “ซูเราะห์” ซึ่งมีทั้งหมด 114 ซูเราะห์ แต่ละซูเราะห์ แบ่งเป็นวรรค เรียกว่า อายะห์ เนื้อหาในอัลกุรอานนั้นอาจแบ่งได้เป็นหมวดๆ คือ หมวดเกี่ยวกับความศรัทธาต่ออัลลอฮฺ หมวดวันแห่งการฟื้นคืนชีพ หมวดพงศาวดารการเผยแผ่ศาสนาอิสลาม หมวดความรู้เกี่ยวกับธรรมชาติ หมวดนิติบัญญัติสำหรับมนุษย์ที่จะต้องนำไปใช้ในชีวิตประจำวัน ในแต่ละซูเราะห์หรือแม้ในแต่ละวรรคอาจจะระบุถึงหมวดต่างๆในเวลาเดียวกัน

อัลกุรอานฉบับอุษมานีย์ อัลกุรอานฉบับที่รวบรวมขึ้นตามดำริของเคาะลีฟะฮฺอุษมาน โดยความร่วมมือของบรรดาเศาะหาบะฮฺผู้ท่องจำอัลกุรอาน เป็นอัลกุรอานฉบับแรกที่ได้รับการรวมรวมขึ้นอย่างเป็นทางการ มีการคัดลอกและตรวจ-ทานอย่างสมบูรณ์ที่สุด และถูกส่งไปยังเมืองมุสลิมในแว่นแคว้นต่าง ๆ เพื่อให้มุสลิมยึดถือเป็นแนวเดียวกัน อัลกุรอานฉบับอุษมานีย์ จึงเป็นการเรียกชื่อที่พาดพิงไปยังชื่อของเคาะลีฟะฮฺอุษมาน

อัลบะเกาะเราะห์ หมายถึงวัวตัวเมียเป็นชื่อบทหนึ่งในคัมภีร์อัลกุรอาน และเป็นบทที่มีความยาวที่สุดในคัมภีร์อัลกุรอานมีจำนวนอายะห์ทั้งสิ้น 286 อายะห์

อัลมาอิดะฮฺ หมายถึงสำรับอาหารเป็นชื่อบทหนึ่งในคัมภีร์อัลกุรอาน บทอัลมาอิดะฮฺเป็นบทที่ 5 มีจำนวนอายะห์ทั้งสิ้น 120 อายะห์

อัลมุสนัด หนังสือประมวลวจนะของท่านนบีมุฮัมมัด (ศ็อลลัลฮอะลัยฮิวะสัลลัม) โดยเรียบเรียงตามรายชื่อของผู้รายงาน เช่น หนังสืออัลมุสนัดอิมามอะหฺมัด (ฮ.ศ. 164-241. ค.ศ. 780-855)

อัลลอฮฺ คือ พระนามของพระเจ้า” ผู้สร้างมนุษย์ สิ่งมีชีวิต สิ่งไม่มีชีวิต และทุกสรรพสิ่งในจักรวาลตามความเชื่อของชาวมุสลิมพระองค์ทรงมี โดยไร้จุดเริ่มต้น

และทรงมีอยู่นิรันดร์โดยไม่สิ้นสุดพระองค์แตกต่างกับทุกสรรพสิ่งอย่างสิ้นเชิง ทรงดำรงด้วยพระองค์เอง มิต้องทรงพึ่งพาสิ่งใด ทรงเป็นพระเจ้าเที่ยงแท้แต่ผู้เดียว ไม่มีพระเจ้าอื่นใดอีกนอกเหนือจากพระองค์ พระองค์ทรงไว้ซึ่งสิทธิในการได้รับการเคารพบูชาอย่างแท้จริง ไม่มีสิ่งอื่นใดที่ควรแก่การเคารพบูชานอกเหนือจากพระองค์

อาคิเราะฮฺ โลกอาคิเราะห์ หรือวันอาคิเราะฮฺ เป็นโลกสุดท้ายที่มนุษย์ทุกคนจะถูกให้ฟื้นคืนชีพเพื่อตัดสินตอบแทนผลบุญที่ได้กระทำตามความเชื่อของชาวมุสลิม ที่เรียกว่าโลกสุดท้าย เพราะไม่มีโลกอื่นอีกหลังจากนั้น และเป็นโลกที่ชาวสวรรค์จะได้เข้าไปพำนักในสวนสวรรค์ของพวกเขาตลอดกาล และชาวนรกจะได้เข้าไปพำนักในนรกตลอดกาล

อายะห์ ความหมายทั่วไปหมายถึงสัญลักษณ์หลักฐานเครื่องหมายความหัศจรรย์ข้อเตือนใจ ถูกนำมาใช้เรียกกลุ่มคำวรรคตอนในซูเราะห์ต่างๆของคัมภีร์อัลกุรอาน จำนวนอายะห์อัลกุรอานมีการนับที่แตกต่างกันเล็กน้อย ตามมาตรฐานที่พิมพ์โดยรัฐบาลซาอุดิอารเบีย มีจำนวน 6236 อายะฮ์

อิจญ์ติฮาด หมายถึงการวินิจฉัยด้วยการพิเคราะห์ใคร่ครวญข้อกฎหมายอิสลาม ในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติชัดแจ้งในคัมภีร์กุรอาน ไม่ปรากฏในสุนนะฮฺ และไม่มีความเห็นอันเป็นมติเอกฉันท์หรืออิชญ์มาอฺของเหล่าปราชญ์

อิจญ์มาอฺ เป็นแหล่งที่มาของบทบัญญัติแห่งกฎหมายอิสลามประการหนึ่ง หมายถึง มติเอกฉันท์ซึ่งเกิดจากความเห็นพ้องต้องกันของบรรดามุจญ์ตะฮิด ในการกำหนดบทบัญญัติเรื่องหนึ่งเรื่องใด ในยุคหนึ่งยุคใดภายหลังจากที่ท่านศาสดาได้เสียชีวิตไปแล้ว เช่นมีอิจญ์มาอฺว่า ยายมีสิทธิรับมรดกได้ในกรณีที่ผู้ตายไม่มีมารดา

อิดดะฮฺ ช่วงเวลาที่กำหนดให้หญิงต้องรอคอยภายหลังจากการหย่า หรือการเสียชีวิตของสามี โดยมีกำหนดระยะเวลา ประมาณ 3 เดือนหรือการคลอดบุตรแล้วแต่กรณี หลังจากนั้นจึงจะสมรสกับสามีใหม่ได้

อิบาดะฮฺ กฎหมายอิสลามภาคอิบาดะฮฺ เป็นบทบัญญัติว่าด้วยเรื่องศาสนกิจต่างๆเกี่ยวกับการประพฤติปฏิบัติของมนุษย์ต่ออัลลอฮฺ เป็นความสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์กับพระเจ้า เช่นการละหมาด การถือศีลอด การจ่ายซะกาต และการประกอบพิธีฮัจญ์เป็นต้น

อิลละฮฺ เหตุผลในการวิเคราะห์วินิจฉัยข้อบัญญัติแห่งกฎหมายอิสลามตามหลักเกณฑ์การเทียบเคียง (กิยาส) เพื่อกำหนดหุกมฺแก่กรณีที่ไม่มีตัวบทโดยตรง เช่น ข้อบัญญัติเกี่ยวกับเครื่องดื่มบางชนิดถือเป็นสิ่งต้องห้ามโดยการเปรียบเทียบกับสุรา เนื่องจากมีเหตุผล (อิลละฮฺ) เดียวกันคือทำให้มึนเมา

อิสติศหาบ เป็นแหล่งที่มาของบทบัญญัติแห่งกฎหมายอิสลามประการหนึ่ง หมายถึงหลักการยึดถือสภาพเดิม ในทัศนะของบางมัซฮับถือเป็นแหล่งที่มาของกฎหมายอิสลามตราบเท่าที่ยังไม่มีปัจจัยใดมาเปลี่ยนแปลง

อิสติหฺซาน เป็นแหล่งที่มาของบทบัญญัติแห่งกฎหมายอิสลามประการหนึ่ง หมายถึง การใช้หลักวิจารณญาณในการพิจารณากำหนดข้อบัญญัติทางกฎหมายอิสลาม โดยเปลี่ยนจากการที่จะกำหนดบทบัญญัติต่อกรณีใดที่คล้ายคลึงกันตามหลักการกิยาสที่ชัดแจ้ง ไปสู่การใช้หลักกิยาสที่มีอิลละฮฺซ่อนเร้นหรือคลุมเครือเนื่องจากมีเหตุผลเที่ยงธรรมยิ่งกว่า เช่นการซื้อขายแบบสะลัมซึ่งตามหลักการกิยาสแล้วจะกระทำมิได้ แต่อนุมัติให้ทำได้โดยอาศัยหลักอิสติหฺซาน

อิหม่าม ในงานวิจัยนี้หมายถึงผู้ดำรงตำแหน่งประธานกรรมการอิสลามประจำมัสยิดตามพระราชบัญญัติการบริหารองค์กรศาสนาอิสลามพ.ศ.2540 ในทางวิชาการ หมายถึงผู้นำในศาสนาอิสลามทำหน้าที่ปกครองดูแลและตัดสินใจในกิจการส่วนรวม อิหม่ามจึงมิได้หมายความเฉพาะผู้นำการละหมาดในมัสยิดเท่านั้น แต่ยังรวมถึงการนำในกิจกรรมอื่นๆด้วย และไม่เฉพาะแต่ในระดับชุมชน และยังครอบคลุมถึงผู้นำประชาคมขนาดใหญ่ระดับประชาชาติหรือประชาคมโลกมุสลิม กรณีเช่นนี้ อิหม่ามจะมีความหมายเช่นเดียวกับ “เคาะลีฟะฮฺ”

อุรฟฺ เป็นแหล่งที่มาของบทบัญญัติแห่งกฎหมายอิสลามประการหนึ่ง หมายถึง จารีตประเพณีที่ได้รับการยอมรับและปฏิบัติต่อๆกันมาอย่างแพร่หลาย ทั้งการกระทำและคำพูดซึ่งไม่ขัดหรือแย้งกับตัวบทหรือรากฐานทางศาสนาอิสลามที่บัญญัติไว้อย่างชัดเจน

อุศูลุลฟิกฮฺ หมายถึงวิชาว่าด้วยรากฐานของกฎหมายอิสลามศึกษาเกี่ยวกับแหล่งที่มาของกฎหมายอิสลาม หลักทั่วไปในการตีความตัวบทอัลกุรอานและสุนนะฮฺ วิธีวิทยาการวิเคราะห์วินิจฉัยเพื่อทราบถึงข้อบัญญัติต่างๆแห่งกฎหมายอิสลามตลอดจนคุณสมบัติของผู้วิเคราะห์วินิจฉัยหรือตีความ

อินฟิซาค	หมายถึงการสมรสที่เป็นโมฆะด้วยผลของกฎหมายเป็นการยกเลิกนิติสัมพันธ์สมรสระหว่างสามีภริยาด้วยผลของกฎหมาย มิใช่ด้วยเจตนาเพื่อขาดจากการสมรส เช่น กรณีการสมรสฝ่าฝืนเงื่อนไขหรือกรณีสามีหรือภริยาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งสิ้นสภาพการเป็นมุสลิมเป็นต้น
ฮ.ศ.	อักษรย่อของคำว่า ฮิจญ์เราะฮ์ศักราช โดยเริ่มนับตั้งแต่ปีที่ท่านนบีอพยพจากนครมักกะฮฺไปนครมะดีนะฮฺเป็นฮิจญ์เราะฮฺศักราชที่ 1 กระทั่งปัจจุบัน ฮ.ศ. 1435 ตรงกับ พ.ศ. 2557
ฮัด	โทษที่ถูกกำหนดไว้ชัดเจนในอัลกุรอานและสุนนะฮฺ เช่น การลงโทษตัดมือผู้ทำผิดฐานลักขโมย โทษประเภทนี้ไม่อาจเปลี่ยนแปลงหรือแก้ไขได้ต่างกับตะอฺซีรฺ
ฮัจญ์	พิธีกรรมทางศาสนาที่เป็นองค์ประกอบสำคัญประการหนึ่งในห้าประการของศาสนาอิสลาม มีรูปแบบการปฏิบัติเฉพาะ ในช่วงเดือนซุลฮิจญะฮฺ ณ นครมักกะฮฺ ประเทศซาอุดิอาระเบีย
ฮิบะฮ	การให้โดยเสน่หาเพื่อแสวงหาความโปรดปรานจากพระเจ้า

บทที่ 1
บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหาการวิจัย

ประเทศไทยมีประชากรส่วนหนึ่งที่นับถือศาสนาอิสลามมาตั้งแต่สมัยโบราณ ดังปรากฏหลักฐานทางประวัติศาสตร์บ่งชี้ว่า ในสมัยเริ่มแรกที่คนไทยเข้ามาตั้งถิ่นฐานในสุวรรณภูมินั้น ผู้คนในเมืองนครศรีธรรมราชลงไปจนสุดภาคใต้กระทั่งถึงมาเลเซีย รวมทั้งสิงคโปร์ สุมาตรา มะละกา และหมู่เกาะอินโดนีเซียเป็นผู้นับถือศาสนาอิสลามแทบทั้งสิ้น[1] ดังนั้น ศาสนาอิสลามจึงเป็นศาสนาหนึ่งของประเทศไทย และกฎหมายอิสลามก็ควรนับเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายบ้านเมืองของประเทศไทยด้วยเช่นเดียวกัน ดั่งที่สมบูรณ์ พุทธจักร ได้ทำการศึกษาทางนิติศาสตร์เกี่ยวกับการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี ยะลา และสตูล พ.ศ. 2489 และให้ข้อคิดเห็นว่า "...เมื่อกฎหมายอิสลามเป็นส่วนหนึ่งของหลักการทางศาสนาอิสลามที่มุสลิมได้ศรัทธายึดมั่น จึงกล่าวได้ว่าประเทศไทยรู้จักคุ้นเคยกับกฎหมายอิสลามมาช้านานพร้อมๆ กับการเข้ามาของศาสนาอิสลามในประเทศไทย และประเทศไทยได้รู้จักกฎหมายอิสลามก่อนที่จะรู้จักกฎหมายของประเทศตะวันตก เมื่อมุสลิมเป็นประชาชนส่วนหนึ่งของประเทศไทย ดังนั้นศาสนาอิสลามก็เป็นศาสนาหนึ่งของประเทศไทย และกฎหมายอิสลามก็น่าจะถือว่าเป็นกฎหมายอีกประเภทหนึ่งของประเทศไทยในฐานะที่ประชาชนชาวไทยมุสลิมโดยเฉพาะในบริเวณจังหวัดชายแดนภาคใต้ได้ยึดปฏิบัติติดต่อกันมาเป็นเวลานาน ไม่ว่าจะได้รับการรับรองจากรัฐหรือไม่ก็ตามอิสลามศาสนิกก็จำต้องยึดถือปฏิบัติ"[2]

ในประวัติศาสตร์ชาติไทยนับแต่สมัยกรุงสุโขทัย กรุงศรีอยุธยา กรุงธนบุรี และกรุงรัตนโกสินทร์ ชาวไทยพุทธและชาวไทยมุสลิมได้อยู่ร่วมกันอย่างมีความเข้าใจและยอมรับซึ่งกันและกันภายใต้ความสัมพันธ์ในฐานะเมืองประเทศราช ผู้ปกครองหัวเมืองต่างๆ ในภาคใต้ของประเทศไทยก็เป็นผู้นับถือศาสนาอิสลามทั้งสิ้น ไม่ปรากฏว่ามีการส่งคนไทยที่นับถือศาสนาพุทธลงไปปกครอง เมื่อถึงกำหนดปีก็เพียงส่งเงินทองเข้าของมายังเมืองหลวงส่วนกิจการอื่นๆ เมืองมลายูต่าง ๆ มีอิสรภาพที่จะปกครองตนเอง[3]ชาวไทยมุสลิมในอดีตจึงได้ใช้กฎหมายอิสลามลักษณะ

---

[1] ประยูรศักดิ์ ชลายนเดชะ, **มุสลิมในประเทศไทย,** พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ: อัมรินทร์ปริ้นติ้ง), 2539, หน้า 1.

[2] สมบูรณ์ พุทธจักร, **การใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลาและสตูล**, วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, (สำเนา), 2529, หน้า 1.

[3] ประยูรศักดิ์ ชลายนเดชะ, **เรื่องเดิม,** หน้า2.

ต่างๆ แตกต่างกันไปตามประวัติความเป็นมาของมุสลิมแต่ละกลุ่ม เช่นชาวไทยมุสลิมที่อาศัยอยู่ในกรุงศรีอยุธยาในรัชสมัยของสมเด็จพระเอกาทศรถ ได้มีการใช้กฎหมายอิสลามและมีศาลกรมท่าขวาซึ่งมีขุนนางมุสลิมเป็นเจ้ากรมและข้าราชการมุสลิมในกรม พิจารณาคดีของมุสลิมเชื้อสายต่างๆ ไม่ว่ามุสลิมเชื้อสายเปอร์เซีย ชวา มลายู เป็นต้น เด่น โต๊ะมีนา ได้ศึกษาเกี่ยวกับเรื่องนี้พบบันทึกทางประวัติศาสตร์โดยหม่อมราชวงศ์ เสนีย์ ปราโมช ระบุว่า“ข้อยกเว้นนี้ตกทอดมาจากประวัติเดิมที่มีศาลกรมท่าซ้ายพิจารณาคดีชนชาติจีน และมีศาลกรมท่าขวาพิจารณาคดีชนชาติแขก ศาลทั้งสองตัดสินคดีตามกฎหมายและประเพณีของชนชาตินั้นๆ แต่สำหรับชนชาติจีนไม่ปรากฏว่ามีกฎหมายหรือประเพณีผัวเมียมรดกเป็นการแน่นอน ศาลกรมท่าซ้ายจึงใช้กฎหมายไทยบังคับ แต่ชนชาติแขกนับถือศาสนาอิสลามมีกฎหมายและประเพณีแน่นอนในเรื่องผัวเมียมรดก ศาลกรมท่าขวาจึงใช้กฎหมายอิสลามบังคับ”[1]

นอกจากนั้น ในเมืองปัตตานีเดิมก็ได้มีการใช้กฎหมายอิสลามอย่างอิสระและได้จัดตั้งสถาบันศาสนาอิสลามเพื่อการบริหารกฎหมายอิสลาม กษัตริย์มลายูซึ่งเป็นผู้นำสูงสุดทางศาสนาได้แต่งตั้งมุฟตีย์ เป็นที่ปรึกษาในเรื่องศาสนา สุลต่านมูฮัมมัด ซาฮแต่งตั้ง ชัยค์เศาะฟียุดดีนนักวิชาการอิสลามจากเมืองปาไซ สุมาตรา เป็นมุฟตีย์ ต่อมาภายหลังตำแหน่งนี้ได้เปลี่ยนเป็น "Datuk Seri Raja Fiqah”[2]ชาวมุสลิมที่อาศัยอยู่ตามหัวเมืองมลายูอื่น ๆ ก็มีการใช้กฎหมายอิสลามทั้งในความอาญาและความแพ่งตลอดมาจนกระทั่งมีการปฏิรูปการปกครองแผ่นดินในสมัยรัชกาลที่ 5 ส่งผลกระทบอย่างลึกซึ้งให้บังเกิดการเปลี่ยนแปลงติดตามมาต่อรูปแบบของรัฐและระบบกฎหมายในสังคมไทย[3]

อิสรภาพในการใช้กฎหมายอิสลามของชาวมุสลิมในหัวเมืองต่าง ๆ สิ้นสุดลงเมื่อพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว (พ.ศ.2411-2453) ได้เปลี่ยนแปลงการปกครองโดยโปรดเกล้า ฯประกาศกฎข้อบังคับสำหรับปกครองบริเวณเจ็ดหัวเมือง พ.ศ. 2444 ให้ยกเลิกการปกครองแบบเก่ามาเป็นแบบมณฑลเทศาภิบาลและให้หัวเมืองทั้งเจ็ดเมืองคงเป็นเมืองอยู่ตามเดิมอยู่ในความปกครองของเทศาภิบาลและให้พระยาเมืองเป็นผู้รักษาราชการบ้านเมืองต่างพระเนตรพระกรรณ โดยในกฎข้อบังคับนี้มีส่วนที่เกี่ยวข้องกับมุสลิมและกฎหมายอิสลามโดยตรง ได้แก่ ข้อที่ 32 บัญญัติว่า“ให้ใช้พระราชกำหนดกฎหมายทั้งปวง ในความอาญาแลความแพ่งแต่ความแพ่ง ซึ่งเกี่ยว

---

[1] เด่น โต๊ะมีนา, **กฎหมายอิสลาม (Islamic Law)**, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง), 2532, หน้า 22.

[2] Ibrahim Syukri, **Sejarah Kerajaan Melayu Patani**, (Selangor: Universiti Kebangsaan Malaysia), 2002, หน้า 34.

[3] สมชาย ปรีชาศิลปกุล, **นิติศาสตร์ไทยเชิงวิพากษ์,** (กรุงเทพฯ: วิญญูชน) 2549, หน้า 21.

ด้วยศาสนาอิสลามเรื่องผัวเมียก็ดี แลเรื่องมรฎกก็ดี ซึ่งคนนับถือศาสนาอิสลาม เปนทั้งโจทย์จำเลย หรือเปนจำเลยให้ใช้กฎหมายอิสลาม ในการพิจารณาแลพิพากษา และให้โต๊ะกาลีซึ่งเป็นผู้รู้ในศาสนาอิสลามเปนผู้พิพากษาตามกฎหมายอิสลามนั้น”[1]

ข้อบังคับดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าสถานะของกฎหมายอิสลามเริ่มได้รับการยอมรับอย่างเป็นทางการในระบบศาลของประเทศไทยในช่วงเวลานี้การใช้กฎหมายอิสลามของสังคมมุสลิมอยู่ภายใต้การอุปถัมภ์ของเจ้าเมืองมลายูข้อบังคับสำหรับปกครองในบริเวณเจ็ดหัวเมืองพ.ศ.2444 ได้ยกเว้นกฎหมายแพ่งของไทยในบริเวณเจ็ดหัวเมืองและกฎหมายอิสลามที่เกี่ยวข้องกับครอบครัวและมรดกยังคงบังคับใช้อยู่ในบริเวณนี้แต่ต้องถูกควบคุมโดยรัฐบาลไทยข้อบังคับดังกล่าวให้โอกาสสังคมมุสลิมในบริเวณเจ็ดหัวเมืองจัดตั้งศาลศาสนาที่มีกอฎีเป็นผู้พิจารณาตัดสินคดีที่เกี่ยวข้องกับชาวมุสลิมภายใต้ข้อบังคับนี้บทบาทของกอฎียังคงมีอิสระและมีอำนาจเหมือนเดิม แต่มีอำนาจเฉพาะในเรื่องของครอบครัวและมรดกเท่านั้นซึ่งในเรื่องของอาชญากรรมและอื่นๆอยู่ภายใต้อำนาจของผู้พิพากษาไทย

ดังนั้น กล่าวได้ว่าการใช้กฎหมายอิสลามลักษณะครอบครัวและมรดกได้มีการนำมาใช้ในศาลชั้นต้นในคดีแพ่งภายใต้อาณาเขตของ4 จังหวัดชายแดนภาคใต้อย่างเป็นทางการมาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2444 ซึ่งเป็นผลสืบเนื่องมาจากบทบัญญัติของกฎข้อบังคับสำหรับปกครองบริเวณ 7 หัวเมือง ร.ศ. 120และได้มีการยกเลิกการใช้ในปี พ.ศ. 2486 โดยรัฐบาลของจอมพล ป. พิบูลสงครามแต่ถูกนำกลับมาใช้ใหม่ในปีพ.ศ. 2489 โดยรัฐบาลของนายปรีดี พนมยงค์[2]และมีการใช้เรื่อยมาจนกระทั่งปัจจุบัน(พ.ศ. 2554) รวมระยะเวลาประมาณ110 ปี

การบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานีนราธิวาสยะลาและสตูลพ.ศ. 2489 ทำให้ชาวไทยมุสลิมในจังหวัดชายแดนภาคใต้ทั้ง 4 จังหวัดดังกล่าวมีสิทธิใช้กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกแทนบทบัญญัติตามมาตราที่เกี่ยวข้องในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ5และบรรพ6ในกรณีที่ทั้งโจทก์และจำเลยเป็นมุสลิมหรือมุสลิมเป็นผู้เสนอคำขอในคดีที่มีข้อพิพาทนอกจากนี้ยังกำหนดให้มีการแต่งตั้งดะโต๊ะยุติธรรมจากชาวไทยมุสลิมให้ประจำศาลจังหวัดทั้งสี่ดังกล่าวจังหวัดละ 2 คนอีกด้วยให้ดะโต๊ะยุติธรรมเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดในข้อกฎหมายอิสลามและคำวินิจฉัยชี้ขาดของดะโต๊ะยุติธรรมในข้อกฎหมายอิสลามเป็นอันเด็ดขาดในคดีนั้น

---

1 ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 18 หน้า 720 วันที่ 22 ธันวาคม ร.ศ. 120.

2 ปิยนารถ บุนนาค, **นโยบายการปกครองของรัฐบาลไทยต่อชาวมุสลิมในจังหวัดชายแดนภาคใต้ (พ.ศ. 2475-2516),** พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย) 2547, หน้า 117.

อย่างไรก็ตาม การใช้กฎหมายอิสลามตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ. 2489นั้น ในทางปฏิบัติยังมีปัญหาหลายประการ เช่น ปัญหาการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ของรัฐเกี่ยวกับการใช้กฎหมายอิสลามทั้งเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง เจ้าหน้าที่ตำรวจ เจ้าพนักงานที่ดิน และเจ้าหน้าที่สรรพากร ปัญหาความเชื่อว่ากฎหมายมีผลบังคับเฉพาะในศาล ปัญหาการขยายขอบเขตครอบคลุมจังหวัดอื่นนอกเขต 4 จังหวัดภาคใต้ ปัญหาเรื่องจำเลยที่เป็นมุสลิมย้ายภูมิลำเนาออกจากเขต 4 จังหวัดภาคใต้เพื่อหลีกเลี่ยงไม่ใช้กฎหมายอิสลามในการบังคับคดี ปัญหาอายุความมรดก ปัญหาการอุทธรณ์ฎีกาคำวินิจฉัยชี้ขาดของดะโต๊ะยุติธรรม รวมทั้งปัญหาเกี่ยวกับบทบาท ฐานะ และคุณสมบัติของดะโต๊ะยุติธรรม ดังที่สมบูรณ์ พุทธจักร ได้สรุปว่า "พระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ. 2489 ยังขาดรายละเอียดต่าง ๆ ที่เป็นโครงสร้างสำหรับการใช้กฎหมายอิสลาม เพียงแต่กำหนดให้ศาลชั้นต้นโดยดะโต๊ะยุติธรรมเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดข้อกฎหมายอิสลาม ไม่ได้กำหนดขอบเขตการใช้กฎหมายอิสลามและวิธีพิจารณาคดีเอาไว้เป็นการเฉพาะ ตลอดจนสถาบันทางศาสนาอื่น ๆ ที่จำเป็นต่อการบริหารกฎหมายอิสลามเหมือนกับประเทศฟิลิปปินส์ สิงคโปร์ จึงก่อให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติ การใช้กฎหมายอิสลามจึงไม่อาจจะสนองตอบนโยบายของรัฐในการพัฒนาจังหวัดชายแดนภาคใต้..."[1]

กระทรวงยุติธรรมได้จัดให้มีการสัมมนาการใช้กฎหมายอิสลามขึ้น เมื่อวันที่ 13 - 14 มีนาคม พ.ศ. 2525เพื่อแก้ปัญหาดังกล่าว การสัมมนาในครั้งนี้นับเป็นการสัมมนาเกี่ยวกับการใช้กฎหมายอิสลามครั้งแรกภายหลังจากที่ได้มีการใช้กฎหมายนี้มาเป็นเวลา 35 ปี[2]แต่ผลสรุปของการสัมมนาจำกัดอยู่แต่เฉพาะกรณีการแก้ไขปัญหาการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ของรัฐเกี่ยวกับการใช้กฎหมายอิสลามในกรณีที่มีการขัดแย้งกับหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายอาญา หรือกฎหมายอื่น ซึ่งเป็นปัญหาปลีกย่อยในขณะที่รากเหง้าของปัญหาที่แท้จริงหลายปัญหายังมิได้รับการพิจารณาเพื่อหาทางแก้ไข เช่น ประเด็นปัญหาการใช้กฎหมายอิสลามให้มีผลบังคับนอกศาล ปัญหาการขยายขอบเขตครอบคลุมจังหวัดอื่นนอกเขต 4 จังหวัดภาคใต้ ปัญหาเรื่องจำเลยที่เป็นมุสลิมย้ายภูมิลำเนาออกจากเขต 4 จังหวัดภาคใต้เพื่อหลีกเลี่ยงการบังคับใช้กฎหมายอิสลาม ปัญหาการอุทธรณ์ฎีกาคำวินิจฉัยชี้ขาดของดะโต๊ะยุติธรรมและอื่น ๆ ซึ่งเป็นปัญหาสำคัญแต่ที่

---

[1] สมบูรณ์ พุทธจักร, **เรื่องเดิม,** หน้า 199 .

[2] กระทรวงยุติธรรม, **การสัมมนาการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลาและสตูล**, วันที่ 13-14 มีนาคม 2525 ณ หอประชุมเทศบาลเมืองหาดใหญ่ จังหวัดสงขลา, 2525, หน้า 11.

ประชุมสัมมนาส่วนใหญ่เห็นว่าเป็นปัญหาในทางปฏิบัติที่สามารถแก้ไขได้โดยทางการบริหารและการปกครอง มิจำต้องแก้ไขตัวบทกฎหมาย[1]

ผลของการสัมมนาสะท้อนให้เห็นความเข้าใจอย่างจำกัดเกี่ยวกับสถานะของกฎหมายอิสลามในระบบกฎหมายไทย จึงมิได้นำไปสู่การปรับปรุงพัฒนาและแก้ไขปัญหาการบังคับใช้กฎหมายอิสลามตามที่คาดหวังปัญหาที่แท้จริงยังไม่ได้รับการแก้ไข การใช้กฎหมายอิสลามจึงไม่อาจสนองตอบนโยบายของรัฐในการพัฒนาจังหวัดชายแดนภาคใต้ตามที่พึงประสงค์จนกระทั่งผ่านพ้นไปอีกกว่า 20 ปี เมื่อปัญหาความไม่สงบและความรุนแรงในพื้นที่จังหวัดชายแดนภาคใต้ได้ประทุขึ้นมาอีกครั้ง ในปี พ.ศ. 2547 และเกิดขึ้นอย่างต่อเนื่องเป็นระยะเวลานาน จึงเกิดกระแสการเรียกร้องให้มีการปรับปรุงการใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย และการจัดตั้งองค์กรศาลเฉพาะสำหรับการบังคับใช้กฎหมายอิสลาม แม้ว่าปัญหาจังหวัดชายแดนภาคใต้มีสาเหตุมาจากหลายประการและมีความสลับซับซ้อนด้วยหลายปัจจัย แต่การปรับปรุงพัฒนาการใช้กฎหมายอิสลามและการจัดให้มีองค์กรศาลเฉพาะที่เหมาะสมก็เป็นมาตรการหนึ่งที่ได้ถูกหยิบยกมากล่าวถึงควบคู่ไปกับมาตรการอื่น ๆ เพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาที่ต้นเหตุและไม่ใช้อาวุธความรุนแรง หากเป็นการใช้อาวุธทางปัญญาและองค์ความรู้เป็นฐานตามข้อเสนอแนะของคณะกรรมการอิสระเพื่อความสมานฉันท์แห่งชาติที่ให้เอาชนะความรุนแรงด้วยพลังสมานฉันท์ และให้ปรับปรุงเรื่องการปรับใช้กฎหมายอิสลามและระบบศาลอิสลามหรือศาลชารีอะฮ์ด้วย [2]

ข้อเสนอเรื่องการปรับปรุงพัฒนาการใช้กฎหมายอิสลามจึงได้รับความสนใจจากหลายฝ่ายทั้งหน่วยงานภาครัฐและเอกชน มีการจัดเวทีประชุมสัมมนาและการศึกษาดูงานหลายครั้ง เช่น ศูนย์อำนวยการบริหารจังหวัดชายแดนภาคใต้ (ศอ.บต.) ร่วมกับกระทรวงยุติธรรมจัดโครงการประชุมเชิงปฏิบัติการเพื่อรับฟังความคิดเห็นเกี่ยวกับรูปแบบที่เหมาะสมในการดำเนินคดีครอบครัวและมรดกตามหลักศาสนาอิสลามในจังหวัดชายแดนภาคใต้ เมื่อวันที่ 28 พฤษภาคม 2550 ณ โรงแรม ซี เอส ปัตตานี โดยที่ประชุมได้มีฉันทานุมัติให้กระทรวงยุติธรรมเป็นผู้รับผิดชอบในการจัดตั้งคณะทำงานเพื่อพัฒนาระบบการบังคับใช้กฎหมายอิสลาม และนำไปสู่การจัดทำร่างข้อบัญญัติว่าด้วยครอบครัวและมรดกในเวลาต่อมา

ในปี พ.ศ. 2551 คณะกรรมการสุขภาพแห่งชาติ (คสช.) ได้จัดให้มีการประชุมสมัชชาสุขภาพแห่งชาติ ครั้งที่ 1 ระหว่างวันที่ 11 – 13 ธันวาคม 2551 ณ ศูนย์ประชุมสหประชาชาติ

---

[1] เรื่องเดียวกัน, หน้า 130-134.

[2] คณะกรรมการอิสระเพื่อความสมานฉันท์แห่งชาติ, **รายงานคณะกรรมการอิสระเพื่อความสมานฉันท์แห่งชาติ: เอาชนะความรุนแรงด้วยพลังสมานฉันท์: บทสรุปสำหรับผู้บริหาร,** (กรุงเทพฯ:สำนักพิมพ์คณะรัฐมนตรีและราชกิจจานุเบกษา) 2549, หน้า 80 -82.

กรุงเทพมหานคร เพื่อจัดทำร่างข้อเสนอ/มติในประเด็นนโยบายสาธารณะมีข้อเสนอด้านการปฏิรูประบบความยุติธรรมในจังหวัดชายแดนภาคใต้ โดยตัวแทนเครือข่ายและสถาบันการศึกษาอุดมศึกษาอิสลามในจังหวัดชายแดนภาคใต้ได้เสนอให้พิจารณาจัดตั้ง “ศาลแผนกคดีครอบครัวและมรดกมุสลิม” เป็นแผนกหนึ่งในศาลยุติธรรม[1]

ในปี พ.ศ. 2552 สภาที่ปรึกษาเสริมสร้างสันติสุขจังหวัดชายแดนภาคใต้ (สสต.) คณะกรรมการยุติธรรม ความเสมอภาคและความมั่นคง ผู้ทรงคุณวุฒิด้านกฎหมาย ผู้บริหารระดับสูง ศอ.บต. ได้เดินทางไปศึกษาดูงานการใช้กฎหมายอิสลามในประเทศศรีลังกา และประเทศอียิปต์ ระหว่างวันที่ 11 – 19 กุมภาพันธ์ 2552 โดยเฉพาะในประเทศศรีลังกา ซึ่งเป็นต้นแบบของเมืองพุทธที่มีมุสลิมอยู่ร่วมกันอย่างสันติและมีบริบททางสังคมที่คล้ายคลึงกับประเทศไทย พบว่ามีการจัดทำประมวลกฎหมายที่เรียกว่า Code of Muhammadan Law โดยในขั้นแรกให้ใช้บังคับเฉพาะในโคลัมโบ ในปี ค.ศ. 1806 และต่อมาได้ขยายการใช้ออกไปทั่วประเทศในปี ค.ศ. 1852 พร้อมทั้งมีศาลทำหน้าที่พิจารณาคดีตามกฎหมายอิสลาม เรียกว่า Quazi (หรือกาซี) และได้มีการก่อตั้งศาลอุทธรณ์พิเศษ (Special Court of Appeal) เพื่อพิจารณาอุทธรณ์คำตัดสินของ Quazi[2]

ภายหลังจากการศึกษาดูงานดังกล่าว ศูนย์อำนวยการบริหารจังหวัดชายแดนภาคใต้ (ศอ.บต.) ได้จัดโครงการสัมมนาเชิงปฏิบัติการการพัฒนาแนวทางการบังคับใช้ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวและมรดก และกฎหมายที่เกี่ยวข้องอื่นกับชาวไทยที่นับถือศาสนาอิสลาม ในวันที่ 19 มีนาคม 2552 ณ หอประชุมสำนักงานอธิการบดี มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์ วิทยาเขตปัตตานี อำเภอเมือง จังหวัดปัตตานี โดยได้รับเกียรติจากชัยค์ ดร.อาลี ญุมอะฮฺ มุฮัมมัด อับดุลวะฮฺฮาบ ผู้ชี้ขาดทางศาสนาอิสลาม (มุฟตีย์) ประเทศสาธารณรัฐอาหรับอียิปต์ มาเป็นผู้บรรยายพิเศษ เรื่อง การใช้กฎหมายอิสลามในประเทศอียิปต์และในวันเดียวกัน ได้มีการจัดสานเสวนาการสร้างความเข้าใจและการผลักดันให้มีการบังคับใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย โดยนายชาญเชาว์ ไชยานุกิจ นายอาศิส พิทักษ์คุมพล นายอาซิส เบ็ญหาวัน ดร.อิสมาอีล ลุตฟี จะปะกียา นายอับดุลลอฮฺ ดาโอ๊ะ และนายเจ๊ะเหล๊าะ แขกพงศ์ ต่อมาในวันที่ 10 -11 เมษายน 2552ศูนย์อำนวยการบริหารจังหวัดชายแดนภาคใต้ (ศอ. บต.) ได้จัดประชุมเชิงปฏิบัติการบทบาทหน้าที่ของ

---

1 สำนักงานคณะกรรมการสุขภาพแห่งชาติ (สช.), **รวมมติและข้อเสนอจากสมัชชาสุขภาพแห่งชาติ ครั้งที่ 1 พ.ศ. 2551,** (กรุงเทพฯ : หจก. สหพัฒนไพศาล) , 2551, หน้า 53.

2 ศูนย์อำนวยการบริหารจังหวัดชายแดนภาคใต้ (ศอ.บต.) , สำนักบริหารงานยุติธรรม, **รายงานการศึกษาดูงานประเทศศรีลังกาและประเทศอียิปต์ ในเอกสารประกอบการสัมมนาเชิงปฏิบัติการการพัฒนาแนวทางการบังคับใช้ ป.พ.พ. ว่าด้วยครอบครัวและมรดก และ ป.พ.พ. ที่เกี่ยวข้องอื่นกับชาวไทยที่นับถือศาสนาอิสลาม** วันพฤหัสบดีที่ 19 มีนาคม 2552 , ณ หอประชุมสำนักงานอธิการบดี มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์ วิทยาเขตปัตตานี, 2552, หน้า 15-16.

คณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดชายแดนภาคใต้ขึ้น ณ โรงแรมพาราไดซ์ อำเภอหาดใหญ่ จังหวัดสงขลา เพื่อรับฟังความคิดเห็นตลอดจนหาแนวทางการพัฒนาการใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย[1]

การปรับปรุงและพัฒนาการใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทยจึงเป็นประเด็นสำคัญซึ่งอยู่ในความสนใจของสังคมและเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นมาเนิ่นนาน ปัญหาบางประการคาบเกี่ยวระหว่างหลักกฎหมายอิสลามกับกฎหมายไทยตลอดจนธรรมเนียมประเพณีและบริบททางสังคม ในขณะที่บางประการเป็นปัญหารายละเอียดของกฎหมายอิสลามที่มีข้อปลีกย่อยแตกต่างระหว่างมัซฮับ (สำนักคิดทางกฎหมายอิสลาม) ซึ่งยากที่จะหาข้อยุติได้ในการแก้ปัญหาและปรับปรุงพัฒนาการปรับใช้กฎหมายอิสลามจึงจำเป็นที่จะต้องศึกษาทบทวนและเผยแผ่องค์ความรู้ในกฎหมายอิสลามและองค์ความรู้ในกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องตลอดจนกฎหมายของประเทศเพื่อนบ้านเพื่อทำการศึกษาเปรียบเทียบอันจะนำมาซึ่งข้อสรุปที่เหมาะสมคณะผู้วิจัยได้เล็งเห็นความจำเป็นที่จะต้องศึกษาวิเคราะห์ในเรื่องดังกล่าวโดยละเอียด จึงได้เสนอโครงการวิจัยเรื่องการปรับใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทยเพื่อศึกษาระบบกฎหมายอิสลามโดยรวมทั้งในส่วนสารบัญญัติและวิธีสบัญญัติ ตลอดจนศึกษาปัญหาอุปสรรคและแนวทางแก้ไขโดยให้องค์กรมุสลิม ผู้พิพากษา นักกฎหมาย ทนายความนักวิชาการ นักสังคมสงเคราะห์ และผู้เกี่ยวข้องทั่วไปมีส่วนร่วมในการวิพากษ์และแสดงความคิดเห็นตลอดจนร่วมกำหนดทิศทางการพัฒนาการใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย อันจะเป็นปัจจัยหนึ่งที่สำคัญสู่การนำสันติสุขกลับคืนสู่จังหวัดชายแดนภาคใต้และประเทศไทย

1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1.2.1 เพื่อศึกษาระบบกฎหมายอิสลามโดยรวม ทั้งในส่วนที่เกี่ยวกับกฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายวิธีสบัญญัติ

1.2.2 เพื่อศึกษาการใช้กฎหมายอิสลามและองค์กรบริหารและพัฒนาการใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย

1.2.3 เพื่อศึกษาแนวทางปรับปรุงและพัฒนาการปรับใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทยให้เกิดความเสมอภาค

1.2.4 เพื่อศึกษารูปแบบที่เหมาะสมขององค์กรศาลในการใช้กฎหมายอิสลาม

---

[1] ศูนย์อำนวยการบริหารจังหวัดชายแดนภาคใต้ (ศอ.บต.), สำนักบริหารงานยุติธรรม **ข้อมูลการใช้กฎหมายอิสลามและการพัฒนาการใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย,** 2552, หน้า 29.

1.3 ขอบเขตของการดำเนินการวิจัย

การศึกษาวิจัยครั้งนี้เป็นการศึกษาวิจัยเชิงคุณภาพ โดยใช้วิธีวิทยาการวิจัยแบบผสานวิธีในการเก็บรวบรวมข้อมูลทั้งจากข้อมูลเอกสารและข้อมูลภาคสนาม ในการดำเนินการวิจัยครั้งนี้ได้กำหนดขอบเขตด้านเนื้อหาและวิธีวิทยาที่สัมพันธ์กับวัตถุประสงค์ของการวิจัยดังนี้

วัตถุประสงค์ที่ 1 เพื่อศึกษาระบบกฎหมายอิสลามโดยรวม ทั้งในส่วนที่เกี่ยวกับกฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายวิธีสบัญญัติ

ขอบเขตด้านเนื้อหา ความหมายและลักษณะของบทบัญญัติแห่งกฎหมายอิสลาม การใช้กฎหมายอิสลามว่าด้วยส่วนสารบัญญัติและวิธีสบัญญัติโดยเน้นเรื่องครอบครัวมรดก และองค์กรบริหารและพัฒนาการปรับใช้กฎหมายอิสลามในยุคต่างๆ ในอดีตและในปัจจุบัน โดยเน้นประเทศที่มีพลเมืองส่วนใหญ่นับถืออิสลามและพลเมืองส่วนน้อยนับถืออิสลาม

ขอบเขตด้านวิธีวิทยา ศึกษาเอกสารชั้นต้นและชั้นรองจากคัมภีร์อัลกุรอาน สุนนะฮฺ ตำรากฎหมายอิสลาม และเอกสารอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง

วัตถุประสงค์ที่ 2 เพื่อศึกษาการใช้กฎหมายอิสลามและองค์กรบริหารและพัฒนาการปรับใช้กฎหมายหมายอิสลามในประเทศไทย

ขอบเขตด้านเนื้อหา วิวัฒนาการและความเป็นมาของการบังคับใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย องค์กรบริหารและพัฒนาการปรับใช้กฎหมายในอิสลามในประเทศไทย เช่น กระทรวงยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม องค์กรศาล สำนักจุฬาราชมนตรี คณะกรรมการอิสลามประจำมัสยิด เป็นต้น

ขอบเขตด้านวิธีวิทยา ศึกษาเอกสารและงานวิจัยต่าง ๆ ตลอดจนคำพิพากษาศาลฎีกาที่เกี่ยวข้อง

วัตถุประสงค์ที่ 3 เพื่อศึกษาแนวทางปรับปรุงและพัฒนาการปรับใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทยให้เกิดความเสมอภาค

และวัตถุประสงค์ที่ 4 เพื่อศึกษารูปแบบที่เหมาะสมขององค์กรศาลในการใช้กฎหมายอิสลาม

ขอบเขตด้านเนื้อหา แนวคิดความเสมอภาคในการบังคับใช้กฎหมาย ปัญหาการใช้กฎหมายทั้งในส่วนสารบัญญัติและวิธีสบัญญัติ การขยายขอบเขตและผลกระทบของการขยายขอบเขตการใช้กฎหมายอิสลาม และแนวทางการพัฒนารูปแบบที่เหมาะสมขององค์กรบริหารและพัฒนาการปรับใช้กฎหมายอิสลามโดยเน้นองค์กรศาลในประเทศไทย

ขอบเขตด้านวิธีวิทยา การวิเคราะห์และการสังเคราะห์เอกสาร การสอบถาม การสัมภาษณ์เชิงลึก การจัดเวทีสัมมนาเชิงวิพากษ์ และการประชุมนำเสนอผลเพื่อศึกษาข้อคิดเห็นเพื่อ

การปรับปรุงพัฒนาแนวทางการปรับใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทยให้มีความเสมอภาคและแนวทางการจัดตั้งองค์กรศาลที่เหมาะสม

1.4 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ และหน่วยงานที่นำผลการวิจัยไปใช้ประโยชน์

1.4.1ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1.4.1.1 ได้ข้อมูลเกี่ยวกับระบบกฎหมายอิสลาม ทั้งกฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายวิธีสบัญญัติอิสลามที่เหมาะสมกับประเทศไทย

1.4.1.2 ได้แนวทางที่เหมาะสมสำหรับการแก้ไขปัญหาข้อขัดข้องในการบัญญัติกฎหมายอิสลามได้อย่างเป็นรูปธรรมมากขึ้น

1.4.1.3 ได้รูปแบบที่เหมาะสมขององค์กรศาลในการใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย

1.4.1.4 ได้ข้อมูลทางวิชาการที่เป็นประโยชน์ในการศึกษาและพัฒนาการปรับใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทยให้มีประสิทธิภาพ ถูกต้องตามหลักการอิสลาม และสอดคล้องกับความต้องการของชาวไทยมุสลิมมากยิ่งขึ้น

1.4.2 หน่วยงานที่นำผลการวิจัยไปใช้ประโยชน์

1.4.2.1 ศาลยุติธรรมและหน่วยงานในกระบวนการยุติธรรมสำนักจุฬาราชมนตรี คณะกรรมการกลางอิสลามแห่งประเทศไทยคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัด และคณะกรรมการอิสลามประจำมัสยิด

1.4.2.2 ศูนย์อำนวยการบริหารจังหวัดชายแดนภาคใต้(ศอ.บต.) หน่วยงานด้านความมั่นคง หน่วยงานฝ่ายปกครอง หน่วยงานด้านวัฒนธรรม สถาบันอุดมศึกษา ตลอดผู้สนใจศึกษาในเรื่องระบบกฎหมายอิสลามในประเทศไทย

1.5 ทบทวนเอกสารและงานวิจัยที่เกี่ยวข้อง

ในการศึกษาการปรับใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย คณะผู้วิจัยได้ทำการทบทวนรวบรวมและนำเสนอเอกสารและงานวิจัยที่เกี่ยวข้องกับบทบัญญัติแห่งอัลกุรอานว่าด้วยครอบครัวและมรดกการบังคับใช้กฎหมายอิสลามจากคัมภีร์อัลกุรอานและสุนนะฮฺตลอดจนทัศนะของบรรดานักปราชญ์มุสลิมหลักเกณฑ์ในการปรับใช้กฎหมายอิสลามจากมัซฮับต่าง ๆ การจัดทำบทบัญญัติแห่งกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกเป็นประมวลกฎหมาย และการปรับใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย ดังต่อไปนี้

1.5.1 บทบัญญัติว่าด้วยครอบครัวและมรดกอิสลามเป็นธรรมนูญแห่งอัลลอฮฺ

บทบัญญัติว่าด้วยครอบครัวและมรดกอิสลามเป็นธรรมนูญแห่งอัลลอฮฺ ดังปรากฏในคัมภีร์อัลกุรอานหลายโองการที่บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องครอบครัวและมรดก เช่น เรื่องการหมั้นหมายในซูเราะฮฺอัลบะเกาะเราะฮฺ (2 : 235) การสมรสในซูเราะฮฺอันนิซาอฺ (4 : 3) บุคคลต้องห้ามมิให้ทำการสมรสในซูเราะฮฺอันนิซาอฺ (4 : 22-23) สิทธิและหน้าที่ของคู่สมรสในซูเราะฮฺอัลบะเกาะเราะฮฺ (2 : 228)และในซูเราะฮฺอันนิซาอฺ (4 : 19) การหย่าร้างในซูเราะฮฺอัลบะเกาะเราะฮฺ (2 : 229-230) การสืบมรดกของทายาทโดยธรรมในซูเราะฮฺอันนิซาอฺ (4 : 7-12) และทายาทโดยพินัยกรรมในซูเราะฮฺอันนิซาอฺ (4 : 11-12) ดังนั้น เรื่องครอบครัวและมรดกจึงเป็นเรื่องหนึ่งในจำนวนเพียงไม่กี่เรื่องที่ถูกโองการไว้อย่างละเอียดในคัมภีร์อัลกุรอาน ดังนั้น ระเบียบ กฎเกณฑ์ และวิธีการของการสมรสในอิสลามจึงมิใช่จารีตประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติที่สืบทอดมาจากชนชาวอาหรับแต่เป็นกฎเกณฑ์ที่ประทานมาจากพระเจ้าเช่นเดียวกับเรื่องการละหมาด การจ่ายซะกาต การประกอบพิธีฮัจญ์ การห้ามดื่มสุราและสิ่งมึนเมา เป็นต้น

Imad al-Din[1]กล่าวถึงบทบัญญัติว่าด้วยครอบครัวและมรดกอิสลามว่ามีความเหมาะสมกับทุกยุคทุกสมัย เป็นอมตะชั่วนิรันดร์ ธรรมนูญแห่งครอบครัวอิสลามได้ถูกกำหนดไว้โดยละเอียดตั้งแต่ในอดีตเป็นเวลา 1400 กว่าปีมาแล้วและยังคงเป็นที่ยอมรับของบรรดามุสลิมทั่วโลกในปัจจุบันความเจริญก้าวหน้าแห่งยุคสมัยยิ่งทำให้มนุษย์ได้ประจักษ์ถึงความจริงและคุณค่าของธรรมนูญครอบครัวและมรดกอิสลาม ตั้งแต่เรื่องการส่งเสริมการแต่งงานระหว่างชายหญิง การยินยอมให้ชายแต่งงานกับหญิงได้สี่คน การกำหนดบุคคลหรือประเภทของบุคคลที่ต้องห้ามมิให้ทำการสมรสเพราะความเป็นญาติใกล้ชิดหรือเพราะร่วมดื่มน้ำนมหรือเพราะความเป็นญาติทางการเกี่ยวดอง เป็นบทบัญญัติที่วางอยู่บนทางสายกลาง ไม่เข้มงวดสุดโต่งดังเช่นในบางลัทธิหรือศาสนาในขณะเดียวกันไม่ปล่อยให้มีการสำส่อนทางเพศอย่างเสรีจนทำให้เสื่อมเสียศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ ธรรมนูญครอบครัวและมรดกอิสลามจึงเป็นธรรมนูญที่สอดคล้องกับจารีตประเพณีอันดีงามของมนุษย์ในทุกสังคม และพิทักษ์รักษาวัฒนธรรมอันสูงส่งของมนุษย์สืบไป เพราะท่านนบีมุฮัมมัด เป็นศาสนทูตมายังมนุษยชาติทั้งหลายไม่เฉพาะแต่มุสลิม ดังปรากฏในอัลกุรอาน ความว่า

> **“และเรามิได้ส่งเจ้ามาเพื่ออื่นใดเว้นแต่เป็นผู้แจ้งข่าวดีและเป็นผู้ตักเตือนแก่มนุษย์ทั้งหลายแต่ว่าส่วนมากของมนุษย์ไม่รู้”**[2]

---

[1] Imad al-Din, Khalil, **Qalu ‘an al-Islam**, (Al-Riyadh: Safir), 1992, 163.

[2] ความหมายอัลกุรอาน , ซะบะอฺ: 28.

1.5.2 การบังคับใช้บทบัญญัติแห่งอัลกุรอานและสุนนะฮฺว่าด้วยครอบครัวและมรดก

คัมภีร์อัลกุรอานบัญญัติไว้ในหลายโองการเกี่ยวกับความจำเป็นที่จะต้องบังคับใช้กฎหมายอิสลาม เช่น อัลลอฮฺ ตรัสไว้ ความว่า

> **"และเมื่อพวกเจ้าตัดสินระหว่างผู้คนพวกเจ้าก็จะต้องตัดสินด้วยความยุติธรรมแท้จริงอัลลอฮฺทรงแนะนำพวกเจ้าด้วยสิ่งซึ่งดียิ่ง แท้จริงอัลลอฮฺเป็นผู้ทรงได้ยินและได้เห็น"[1]**

> **"พวกเจ้าจงปฏิบัติตามสิ่งที่ถูกประทานลงมาแก่พวกเจ้าจากพระเจ้าของพวกเจ้าเถิดและอย่าปฏิบัติตามบรรดาผู้คุ้มครองใด ๆ อื่นจากพระองค์"[2]**

Qattan[3] กล่าวว่า บรรดานักอรรถาธิบายอัลกุรอานได้อธิบายสอดคล้องกันว่าโองการ-อัลกุรอานข้างต้นกล่าวถึงบทบาทหน้าที่ของผู้นำหรือผู้ปกครองที่จะต้องนำบทบัญญัติแห่งกฎหมายอิสลามมาใช้อย่างครบถ้วน รวมทั้งบทบัญญัติแห่งกฎหมายครอบครัวและมรดก นอกจากนั้นอีกหลายโองการที่มีนัยให้ต้องนำบทบัญญัติอิสลามมาบังคับใช้ อาทิ โองการที่ 153 และ 155 ซูเราะห์อัลอันอาม โองการที่ 59, 64 และ 65ซูเราะห์อันนิซาอฺ โองการที่ 7 ซูเราะห์อัลหัชรฺ โองการที่ 63 ซูเราะห์อันนูร และโองการที่ 36 ซูเราะห์อัลอะหฺซาบ เป็นต้น ในส่วนที่เกี่ยวกับบทบัญญัติว่าด้วยครอบครัวและมรดก อัลลอฮฺ ทรงโองการไปยังผู้ปกครอง ผู้นำหรือองค์กรทางสังคมที่จะต้องดำเนินการอย่างเป็นระบบ ดังปรากฏในคัมภีร์อัลกุรอาน ความว่า

> **"และจงให้พวกเจ้าแต่งงานกับผู้ที่ยังไม่มีคู่ครองในหมู่พวกเจ้าและกับคนดีๆจากปวงบ่าวชายและบ่าวหญิงของพวกเจ้า หากพวกเขายากจนอัลลอฮฺจะทรงให้พวกเขาร่ำรวยขึ้นจากความโปรดปรานของพระองค์และอัลลอฮฺนั้นเป็นผู้ทรงไพบูลย์ ผู้ทรงรอบรู้" [4]**

---

1 ความหมายอัลกุรอาน, อัลนิซาอฺ: 58.

2 ความหมายอัลกุรอาน, อัลอะอฺรอฟ: 3.

3 Qattan , **Tarikh al-Tashrie' al-Islami** , (Cairo: Maktabah Wahbah) , 1981, 201.

4 ความหมายอัลกุรอาน, อันนูร: 32.

Abu al-Nur[1] อธิบายว่า คำว่า "พวกเจ้า" ในโองการข้างต้นนี้หมายถึงทั้งบิดา มารดา ผู้ปกครอง องค์กรทางสังคม รัฐ ตลอดจนประชาชาติ เนื่องจากการจัดการสมรสส่งผลต่อความสงบสุขและความเจริญก้าวหน้าของสังคมโดยส่วนรวม และสังคมอิสลามจะต้องวางอยู่บนรากฐานของความช่วยเหลือเกื้อกูล ความเป็นพี่น้อง ความรักความเมตตา และการให้ความคุ้มครองป้องกันซึ่งกันและกัน จึงเป็นหน้าที่ของรัฐอิสลามและสังคมมุสลิมที่จะต้องนำบทบัญญัติแห่งอัลกุรอานและสุนนะฮฺมาบังคับใช้ในเรื่องมรดกก็เช่นเดียวกันดังปรากฏในคัมภีร์อัลกุรอาน ความว่า

> **"อัลลอฮฺได้ทรงสั่งพวกเจ้าไว้ในลูก ๆของพวกเจ้าว่าสำหรับเพศชายนั้นจะได้รับเท่ากับส่วนได้ของเพศหญิงสองคน แต่ถ้าลูกๆเป็นหญิงเกินกว่าสองคน พวกนางก็จะได้สองในสามของสิ่งที่เขาได้ทิ้งไว้และถ้าลูกเป็นหญิงคนเดียวนางก็จะได้ครึ่งหนึ่ง และสำหรับบิดาและมารดาของเขานั้นแต่ละคนในทั้งสองนั้นจะได้หนึ่งในหกจากสิ่งที่เขาได้ทิ้งไว้หากเขามีบุตรแต่ถ้าเขาไม่มีบุตรและมีบิดามารดาของเขาเท่านั้นที่รับมรดกของเขาแล้วมารดาของเขาก็ได้รับหนึ่งในสาม ถ้าเขามีพี่น้องหลายคนมารดาของเขาก็ได้รับหนึ่งในหกทั้งนี้หลังจากพินัยกรรมที่เขาได้สั่งเสียมันไว้หรือหลังจากหนี้สินบรรดาบิดาของพวกเจ้าและลูกๆ ของพวกเจ้านั้นพวกเจ้าไม่รู้ดอกว่าฝ่ายไหนในพวกเขานั้นเป็นผู้ที่มีคุณประโยชน์แก่พวกเจ้าใกล้กว่ากัน ทั้งนี้เป็นบัญญัติที่มาจากอัลลอฮฺ แท้จริงอัลลอฮฺเป็นผู้ทรงรอบรู้ผู้ทรงปรีชาญาณ[2]**

1.5.3 หลักเกณฑ์ในการปรับใช้กฎหมายอิสลามจากมัซฮับต่าง ๆ

Al-Zuhaili[3] ได้กล่าวถึงสาเหตุของทัศนะที่แตกต่างกันในระหว่างบรรดามัซฮับ และหลักเกณฑ์ในการปรับใช้กฎหมายอิสลามจากมัซฮับต่างๆ ว่าความเห็นที่แตกต่างกันของบรรดานักกฎหมายอิสลามเกิดขึ้นสืบเนื่องจากความเหลื่อมล้ำทางความคิดและสติปัญญาในการวิเคราะห์และตีความตัวบท ตลอดจนความลึกซึ้งถึงเหตุผลที่แฝงเร้นอยู่ในการบัญญัติกฎหมายอิสลามเช่นเดียวกับในระบบกฎหมายอื่น ๆ ที่บรรดานักกฎหมายได้อธิบายหรือเข้าใจตัวบทแตกต่างกัน

---

[1] Abu al-Nur, Muhammad al-Ahmadi, **Manhaj al-Sunnah fi al-Zawaj**, (Cairo: Dar al-Salam), 1996, 262-363.

[2] ความหมายอัลกุรอาน, อัลนิซาอฺ: 11.

[3] Al-Zuhaili, Muhammad**, al-Tanzim al-Qadha-I fi al-Fiqh al-Islami Dirasah Muqaranah**, (Damascus: Dar al-Fikr), 2007 , 74 – 90.

เพราะถ้อยคำสำนวนหรือภาษาที่อาจตีความได้หลายนัยและความรู้หรือประสบการณ์ในบางประเด็นของนักกฎหมายที่แตกต่างกัน ดังนั้น ความขัดแย้งดังกล่าวนี้ย่อมเป็นความขัดแย้งโดยธรรมชาติที่อาจเกิดขึ้น ไม่ขัดต่อหลักการอิสลามซึ่งมีแหล่งที่มาเดียวกัน ดังนั้น การพิจารณาคัดเลือกทัศนะหรือมัซฮับที่เหมาะสมจึงเป็นช่องทางที่เปิดกว้างและสมควรอย่างยิ่งสำหรับการพัฒนาแนวคิดอิสลามและการจัดทำหรือตราประมวลกฎหมายอิสลามบนพื้นฐานของข้อบัญญัติกฎหมายอิสลามมัซฮับต่าง ๆ ซึ่งเป็นเสมือนคลังแห่งวิชาการทางกฎหมายที่ยิ่งใหญ่ เพื่อจัดทำให้เป็นประมวลกฎหมายที่มีความเหมาะสมและสอดคล้องกับความเปลี่ยนแปลงแห่งยุคสมัย ดังมีเหตุผลและหลักเกณฑ์ในการปรับใช้กฎหมายอิสลามจากมัซฮับต่างๆ[1] ดังต่อไปนี้

(1) โดยหลักการแล้วความถูกต้องมีเพียงหนึ่งเดียว ศาสนาแห่งอัลลอฮฺมีเพียงศาสนาเดียว มาจากแหล่งที่มาเดียวกัน นั่นคือ คัมภีร์อัลกุรอานและสุนนะฮฺ แต่ด้วยเหตุที่ไม่อาจทราบได้ว่าทัศนะใดหรือมัซฮับใดของบรรดานักกฎหมายอิสลามเป็นทัศนะหรือมัซฮับที่ถูกต้อง จึงอนุญาตให้ปฏิบัติตามมัซฮับหรือทัศนะใดก็ได้โดยคำนึงถึงประโยชน์สุขส่วนรวมเป็นสำคัญ

(2) การปฏิบัติตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายอิสลามตามทัศนะหนึ่งทัศนะใดด้วยความบริสุทธิ์ใจเพื่ออัลลอฮฺเป็นพื้นฐานการศรัทธาของมุสลิมทุกคน

(3) หลักการขจัดความยากลำบากและการอำนวยความสะดวก เป็นรากฐานแห่งบทบัญญัติของกฎหมายอิสลาม และเป็นเงื่อนไขสำคัญที่ทำให้กฎหมายอิสลามดำรงอยู่ชั่วนิรันดร์

(4) การรักษาผลประโยชน์สาธารณะและการตอบสนองความต้องการแห่งยุคสมัย คือ วิญญาณของการบัญญัติกฎหมายอิสลาม

(5) ไม่มีบทบัญญัติบังคับให้ยึดถือปฏิบัติตามทัศนะหรือมัซฮับหนึ่งมัซฮับใดเป็นการเฉพาะ เพราะการบังคับ (วาญิบ)ให้ปฏิบัติอย่างหนึ่งอย่างใดจะต้องมาจากอัลลอฮฺและศาสนทูตของพระองค์ เท่านั้น

ด้วยเหตุผลและหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาข้างต้น จึงไม่มีข้อห้ามในการถือปฏิบัติตามมัซฮับหนึ่งมัซฮับใด และไม่ถือเป็นสิ่งต้องห้ามอีกเช่นเดียวกันในการนำความคิดเห็นของบรรดานักกฎหมายอิสลามมัซฮับต่าง ๆ มาผสมผสานหรือตัลฟีคในการปฏิบัติหรือกำหนดเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ตราบเท่าที่การผสมผสานนั้นไม่เป็นการผสมผสานที่ต้องห้าม[2] ทั้งนี้เพราะ

---

[1] Ibid, 89-90.

[2] การผสมผสานระหว่างมัซฮับที่ต้องห้าม เช่น การสมรสโดยปราศจากค่าสมรส (มะฮรฺ) ผู้ปกครอง (วะลีย์) และพยาน โดยการนำความคิดเห็นของนักกฎหมายมัซฮับต่าง ๆ ที่อนุโลมให้ทำการสมรสโดยขาดเงื่อนไขอย่างหนึ่งอย่างใดดังกล่าวได้มาผสมผสานกันจนทำให้การสมรสขาดเงื่อนไขทั้ง 3 อย่างนั้น ย่อมเป็นการสมรสที่เป็นโมฆะ เพราะเป็นการผสมผสานระหว่างมัซฮับเฉพาะในส่วนที่ง่าย ๆ โดยปราศจากความจำเป็น

เป็นการปฏิบัติตามหลักการอำนวยความสะดวกและไม่สร้างความยากลำบากในอิสลาม ดังที่อัลลอ ฮฺ ตรัสไว้ความว่า

"อัลลอฮฺทรงประสงค์ให้มีความสะดวก แก่พวกเจ้าและไม่ทรงให้มีความลำบากแก่พวกเจ้า"[1]

1.5.4 การจัดทำประมวลกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก

Al-Ashqar[2] ได้กล่าวถึงแนวคิดการจัดทำบทบัญญัติแห่งกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกเป็นประมวลกฎหมายว่ามีรากฐานแนวคิดมาจากการบันทึกอัลกุรอานและการจัดทำประมวลสุนนะฮฺฉบับต่างๆ ในยุคของเศาะฮาบะฮฺเพื่อใช้ประมวลกฎหมายดังกล่าวเป็นแหล่งที่มาของกฎหมายสำหรับผู้พิพากษาและผู้ที่เกี่ยวข้อง ในยุคของเศาะฮาบะฮฺนั้นความขัดแย้งในการตีความอัลกุรอานและสุนนะฮฺปรากฏอยู่บ้างประปราย แล้วค่อย ๆ ขยายกว้างขวางมากขึ้นในภายหลังการใช้กฎหมายอิสลามผูกพันกับการตีความบทบัญญัติอัลกุรอานและสุนนะฮฺการมีปราชญ์อาวุโสทางกฎหมายอิสลามมีส่วนสำคัญที่ช่วยลดผลกระทบจากความขัดแย้งระหว่างทัศนะดังกล่าว อีกทั้งการเรียบเรียงตำราทางอุศูลฟิกฮฺ (รากฐานแห่งหลักกฎหมายอิสลาม) ก็เช่นเดียวกันส่งผลให้เกิดความเป็นเอกภาพในการตีความ

เคาะลีฟะฮฺอัลมันศูร[3] แห่งยุคอับบาสียะฮฺได้มีดำริที่จะบังคับใช้ตำราอัลมุวัฏเฏาะอฺของอิหม่ามมาลิก[4] เป็นแหล่งอ้างอิงหลักของกฎหมายอิสลามประหนึ่งประมวลกฎหมาย แต่ปรากฏว่าอิหม่ามมาลิกไม่เห็นชอบด้วย โดยให้เหตุผลว่า ตำราอัลมุวัฏเฏาะอฺมิได้รวบรวมสุนนะฮฺไว้ทั้งหมด หากแต่ประมวลไว้เพียงบางส่วนเท่านั้น ยังมีสุนนะฮฺอีกมากมายที่ถูกรวบรวมโดยนักวิชาการใน

---

[1] ความหมายอัลกุรอาน, อัลบะเกาะเราะฮฺ: 185.

[2] Al-Ashqar, ‘Umar Sulaiman, **Tarikh al-Fiqh al-Islami**, (Kuwait: Maktabah al-Falah), 1982, 188–192.

[3] เคาะลีฟะฮฺอัลมันศูร: อับดุลลอฮฺ บุตรของมุฮัมมัด (เกิดในปี ฮ.ศ. 95 เสียชีวิตในปี ฮ.ศ. 158: ค.ศ. 714 - 775) เป็นที่รู้จักแพร่หลายในนาม อบู ญะอฺฟัร อัลมันศูร เคาะลีฟะฮฺท่านที่สอง แห่งยุคเคาะลีฟะฮฺสายสกุลอัลอับบาส

[4] อิหม่ามมาลิก: มาลิก บุตรของอะนัส อัลอัศบุฮีย์ เกิดที่เมืองมะดีนะฮฺ ปี ฮ.ศ. 93 เสียชีวิต ปี ฮ.ศ. 179 (ค.ศ. 712 – 795) เป็นผู้ยึดมั่นในศาสนาอย่างเคร่งครัดปฏิเสธตำแหน่งทางการปกครองอย่างสิ้นเชิง เป็นอิหม่ามประจำเมืองมะดีนะฮฺ และเป็นผู้นำมัซฮับมาลิกีซึ่งเป็นมัซฮับหนึ่งในสี่ที่แพร่หลาย

เมืองต่าง ๆ นอกจากนั้น รัฐอัลมุวะหฺหิดีน[1] ในแถบอาหรับตะวันตก ได้ทำการคัดสรรตำราประมวลหะดีษทั้งสิบ และนำมาสรุปเป็นประมวลกฎหมายแห่งรัฐ

Al - Haaj[2] กล่าวว่า ในยุคอาณาจักรออตโตมาน สุลต่านสุลัยมานอัลกอนูนีย์ ได้จัดทำประมวลกฎหมายอิสลามฉบับหนึ่งขึ้นมาโดยให้ชื่อว่า “กอนูนนามะฮฺ ” และในปีค.ศ.1869 อาณาจักรออตโตมานได้มีการจัดทำ มะญัลละฮฺ อัลอะห์กาม อัลอัดลียะฮฺ (ประมวลบทบัญญัติยุติธรรม) ซึ่งเป็นประมวลกฎหมายที่เรียบเรียงตามรูปแบบกฎหมายสมัยใหม่ โดยการแบ่งเป็นบท หมวด ลักษณะ และเรียงลำดับเป็นมาตรา ใช้ภาษาที่เข้าใจง่ายและกำหนดเพียงความเห็นเดียวในแต่ละเรื่อง โดยไม่ระบุความเห็นที่ขัดแย้งระหว่างความเห็นต่าง ๆ เพื่อความสะดวกในการตัดสินคดีความ ประมวลกฎหมายฉบับนี้ถือเป็นกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อิสลาม มีจำนวนทั้งหมด 1851 มาตรา ใช้บังคับในอาณาจักรออตโตมาน ซีเรีย เลบานอน ปาเลสไตน์ และจอร์แดนตะวันออก

ต่อมา รัฐบาลอียิปต์ได้รับเอาแนวคิดการร่างประมวลกฎหมายอิสลามมาใช้ จึงได้ทำการตรากฎหมายฉบับที่ 25/1920 โดยมีเนื้อหาประกอบด้วย การเลี้ยงดู อิดดะฮฺ การหายสาบสูญ การหย่าเนื่องจากสภาพร่างกายหรือจิตใจมีความบกพร่อง กฎหมายฉบับที่ 25/1929 ว่าด้วยการหย่า การอ้างความเป็นทายาท มะฮฺร์ ค่าเลี้ยงดู และอื่น ๆ กฎหมายฉบับที่ 77/1943 ว่าด้วยมรดก กฎหมายฉบับที่ 48/1946 ว่าด้วยการวักฟฺ และกฎหมายฉบับที่ 71/1946 ว่าด้วยพินัยกรรม โดยกฎหมายฉบับที่ 25/1920 มี 13 มาตรา กฎหมายฉบับนี้ประกอบด้วยความเห็นจากมัซฮับต่าง ๆ ทั้งสี่มัซฮับ ส่วนกฎหมายฉบับที่ 25/1925 มี 25 มาตรา มีการนำความจากมัซฮับทั้งสี่และความเห็นของอิบนุตัยมียะฮฺ และอิบนุกอยยิม มาใช้ในบางมาตรา และกฎหมายฉบับที่ 71/1949 มี 82 มาตรา มีการนำความเห็นจากทุก ๆ มัซฮับอิสลามมาใช้ แม้กระทั่งมัซฮับชีอะฮฺในเรื่องการทำพินัยกรรมแก่ทายาทที่มีสิทธิรับมรดกได้โดยไม่ต้องได้รับความเห็นชอบจากทายาท และความเห็นของอิบนุฮัซม์ ในเรื่องพินัยกรรมโดยผลของกฎหมาย

ดังนั้นในเรื่องการจัดทำเป็นประมวลกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกนั้น ในทางปฏิบัติแล้วมีการดำเนินการในโลกมุสลิมโดยทั่วไป ยกเว้นบางประเทศเท่านั้น แต่ด้วยเหตุที่การจัดทำประมวลกฎหมายในรูปแบบปัจจุบัน อาจส่งผลให้ผู้พิพากษาและนักวิชาการทั่วไปในแต่

---

[1] รัฐอัลมุวะหฺหิดีน : รัฐอิสลามรัฐหนึ่งที่มีอาณาเขตปกครองครอบคลุมประเทศโมร็อกโก แอลจีเรีย ตูนีเซีย ลิเบีย และอันดาลุส (สเปน) ในช่วงระหว่างปี ค.ศ. 1121-1269 ผู้ก่อตั้งคือ มุฮัมมัด อิบนุตูมัรตฺ เชื้อสายเบอร์เบอร์ โดยมีศูนย์กลางการปกครองอยู่ที่เมืองมัรรอกิชในโมร็อกโก

[2] Al-Haaj, Sasi Salim, Naqd al-Khitab al-Istishraqi al-Zahirah al-Istishraqiahwa Atharuhaala al-Dirasat al-Islamiah 2, (Malta: MarkazDirasat al-‘Alam al-Islami), 1992: 476.

ละรัฐใช้กฎหมายโดยจำกัดอยู่ในสังกัดมัซฮับหนึ่งมัซฮับใดเป็นการเฉพาะและไม่อาจวิเคราะห์วินิจฉัยข้อบัญญัติทางกฎหมายจากอัลกุรอานและสุนนะฮฺอย่างกว้างขวางได้ ถึงแม้ว่าจะเป็นปราชญ์มุจญ์ตะฮิดที่ศาสนาอิสลามอนุญาตให้วิเคราะห์ข้อบัญญัติทางกฎหมายได้ก็ตาม ทำให้นักวิชาการอิสลามมีทัศนะที่ขัดแย้งกันเกี่ยวกับการจัดทำประมวลกฎหมาย มีทั้งฝ่ายที่เห็นด้วยและคัดค้านการจัดทำประมวลกฎหมายอิสลาม โดยนักวิชาการอิสลามส่วนใหญ่ เช่น มุฮัมมัด อับดุฮฺ, มุฮัมมัด เราะชีด ริฎอ, มุฮัมมัด อบูซะฮฺเราะฮฺ, วะฮฺบะฮฺ อัลซุหัยลีย์, ยูซุฟ อัลเกาะเราะฎอวีย์, มุฮัมมัด อัลอัชกอร์,และศอและหฺ บินเฒาะศูน เป็นต้น เห็นว่าการจัดทำประมวลกฎหมายเป็นสิ่งชอบด้วยกฎหมายอิสลามโดยอ้างอิงหลักฐานและเหตุผล ดังต่อไปนี้

(1) ตัวบทอัลกุรอานและสุนนะฮฺบัญญัติให้เชื่อฟังผู้นำ ดังปรากฏในอัลกุรอาน ดังที่อัลลอฮฺตรัสไว้ความว่า

“โอ้บรรดาผู้ศรัทธาทั้งหลาย จงเชื่อฟังอัลลอฮฺ และจงเชื่อฟังเราะสูล และผู้นำของพวกท่าน...”[1]

(2) นักวิชาการอิสลามเห็นพ้องต้องกันว่า ศาสนาห้ามการใช้ทัศนะของผู้อื่นนอกจากนักปราชญ์ระดับมุจญ์ตะฮิด[2]เท่านั้น ส่วนผู้พิพากษาส่วนใหญ่ในปัจจุบันไม่ได้เป็นผู้มีความสามารถถึงระดับนั้น ดังนั้นถ้าตราขึ้นเป็นหลักเกณฑ์ทางกฎหมายการพิพากษาตามทัศนะของผู้อื่นที่รับรองไว้ในประมวลกฎหมายจึงไม่เป็นข้อห้ามทางศาสนาสำหรับผู้พิพากษาเหล่านั้น

(3) เหตุการณ์ความเปลี่ยนแปลงแห่งยุคสมัยในปัจจุบันมากมายที่ไม่มีระบุไว้โดยตรงในตัวบทอัลกุรอานและสุนนะฮฺ การให้ผู้พิพากษามีอำนาจวิเคราะห์บทบัญญัติทางศาสนาในกรณีเหล่านั้นด้วยตนเองโดยไม่ต้องอาศัยประมวลกฎหมายเป็นกรอบ อาจจะทำให้เกิดกรณีมีคำพิพากษาต่างกันในคดีที่มีข้อเท็จจริงเหมือนกันได้ ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อระบบตุลาการโดยรวม

(4) การจัดทำประมวลกฎหมายอาจมีข้อด้อยบางประการ แต่การไม่จัดทำประมวลกฎหมายจะก่อให้เกิดผลเสียมากกว่า ซึ่งตามบทบัญญัติอิสลามแล้ว เมื่อมีผลเสียสองประการให้เลือกใช้กรณีที่มีผลเสียน้อยกว่า ดังนั้น จึงควรส่งเสริมให้มีการจัดทำประมวลกฎหมายและบังคับใช้ประมวลกฎหมายที่จัดทำขึ้น เนื่องจากมีผลเสียน้อยกว่า

---

[1] ความหมายอัลกุรอาน, อันนิซาอฺ: 59.

[2] มุจญ์ตะฮิด หมายถึง นักวิชาการอิสลามผู้มีความสามารถวิเคราะห์วินิจฉัยข้อบัญญัติทางศาสนาจากแหล่งที่มาของกฎหมายอิสลามได้ (al-Zarkashi , 1992 : 199).

ในขณะที่นักวิชาการอิสลามบางส่วน เช่น อับดุลอะซีซ บินบาซ และศอและหฺ บิน เฟาซาน มีความเห็นว่า การจัดทำประมวลกฎหมายเป็นสิ่งที่ไม่อนุญาตในกฎหมายอิสลาม โดยให้เหตุผลดังนี้

(1) บทบัญญัติแห่งอัลกุรอานบัญญัติให้ปฏิบัติตามบทบัญญัติแห่งอัลลอฮฺไม่อนุมัติให้ปฏิบัติตามทัศนะของผู้ใด และผู้พิพากษาจะต้องตัดสินไปตามที่เห็นว่าถูกต้องสัจจริง มิฉะนั้นเป็นการตัดสินโดยฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งพระองค์ การจัดทำประมวลกฎหมายอิสลามส่งผลให้ผู้พิพากษาต้องพิจารณาพิพากษาคดีตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมาย ซึ่งบางทีความถูกต้องสัจจริงในความเห็นของผู้พิพากษา อาจแตกต่างจากที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมาย ทำให้ผู้พิพากษาต้องตัดสินโดยฝ่าฝืนความถูกต้องสัจจริงตามนัยแห่งอัลกุรอาน ดังนั้น จึงไม่เป็นที่อนุมัติให้มีการจัดทำประมวลกฎหมายอิสลามดังปรากฏตามนัยแห่งคัมภีร์อัลกุรอาน ความว่า

“ ถ้าพวกท่านขัดแย้งกันในสิ่งใด ก็จงนำสิ่งนั้นกลับไปยังอัลลอฮฺ และเราะสูล”[1]

“ แท้จริง เราได้ให้คัมภีร์ลงมาแก่ท่านเป็นความจริง เพื่อท่านจะได้ตัดสินระหว่างผู้คน ด้วยสิ่งที่อัลลอฮฺได้ทรงให้ท่านรู้เห็น ”[2]

“ท่านจงตัดสินคดีต่าง ๆ ระหว่างมนุษย์ด้วยความจริง[3]

“ และอันใดที่พวกท่านขัดแย้งกันในเรื่องนั้นๆ ดังนั้นการตัดสินชี้ขาดย่อมกลับไปสู่อัลลอฮฺ”[4]

(2) หลักฐานจากสุนนะฮฺ โดยท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ[5] กล่าวไว้ ความว่า

“ผู้พิพากษามีสามประเภท ประเภทหนึ่งเข้าสวรรค์ และอีกสองประเภทลงนรก ผู้ที่ได้เข้าสวรรค์ คือ ผู้ที่ทราบความจริงและพิพากษาตามความจริง

---

1 ความหมายอัลกุรอาน, อัลนิสาอฺ: 59.

2 ความหมายอัลกุรอาน, อัลนิสาอฺ: 105.

3 ความหมายอัลกุรอาน, ศ๊อด: 26.

4 ความหมายอัลกุรอาน, อัชชูรอ:10.

5 เป็นคำภาษาอาหรับ ใช้สำหรับสรรเสริญต่อท่านนบีมุฮัมมัดทุกครั้งที่เอ่ยนาม อ่านว่า ศ๊อลลัลลอฮุอะลัยฮิวะสัลลัม มีความหมายว่า ขอให้อัลลอฮฺประทานความเมตตาและความสันติแด่ท่าน

นั้น ส่วนผู้ที่ทราบความจริงแต่พิพากษาโดยไม่เป็นธรรม และผู้ที่พิพากษาโดยไม่รู้จะตกนรก” [1]

หะดีษนี้บ่งชี้ว่า การพิพากษาที่ไม่มีความผิดได้แก่ การพิพากษาของผู้พิพากษาที่ทราบความจริงและตัดสินไปตามนั้น ซึ่งบางครั้งสิ่งที่ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายอาจไม่ใช่ความจริงตามทัศนะของผู้พิพากษา

(3) การจัดทำประมวลกฎหมายอิสลาม ไม่ว่าด้วยบุคคลหรือคณะบุคคลที่มีความรอบรู้หรือเชี่ยวชาญเพียงใด แต่ด้วยความเป็นมนุษย์ ย่อมไม่อาจหลีกเลี่ยงความผิดพลาดและหลงลืม ประมวลกฎหมายอิสลามที่จัดทำขึ้นก็จะได้รับผลกระทบด้วยความเป็นมนุษย์ของผู้จัดทำ ซึ่งไม่สมควรอย่างยิ่งต่อกฎหมายอิสลามที่เป็นกฎหมายแห่งพระเจ้า จึงจำเป็นที่จะต้องคงไว้เป็นบทบัญญัติแห่งพระองค์ซึ่งบริสุทธิ์และสูงส่ง

(4) การจัดทำประมวลกฎหมายอิสลาม จะเป็นอุปสรรคต่อความก้าวหน้าทางวิชาการในทางนิติศาสตร์อิสลามและอุปสรรคต่อการพัฒนาผู้พิพากษา เพราะจะทำให้ผู้พิพากษาเคร่งครัดอยู่กับตัวบทแห่งประมวลกฎหมาย จนละเลยต่อตัวบทอัลกุรอานและสุนนะฮฺตลอดจนตำรากฎหมายอิสลามที่เป็นมรดกทางวิชาการตกทอดมาจากบรรพชนรุ่นก่อน ๆ

1.5.5 การปรับใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย

กระทรวงยุติธรรม[2] จัดสัมมนาการใช้กฎหมายอิสลามขึ้นในระหว่างวันที่ 13 - 14 มีนาคม พ.ศ. 2525โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อ (1) ให้ศาลและหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องทราบถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายและปฏิบัติให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายในเขตท้องที่ 4 จังหวัดชายแดนภาคใต้ (2) เพื่อพิจารณาว่ากฎหมายนี้มีผลใช้บังคับนอกศาลเพียงใดหรือไม่ (3) เพื่อให้มีโอกาสในการแลกเปลี่ยนความรู้ ความคิดเห็น และข้อเสนอแนะในการแก้ปัญหาต่าง ๆ ที่เกิดขึ้น การสัมมนาในครั้งนี้มีผลสรุปว่า ปัญหาหลายประการสามารถแก้ได้โดยทางการบริหารและการปกครอง แต่ในบางปัญหาการสัมมนายังไม่มีข้อสรุปที่เป็นทางออกที่เหมาะสม เช่น ปัญหาการขยายขอบเขตครอบคลุมจังหวัดอื่นนอกเขต 4 จังหวัดภาคใต้ ปัญหาเรื่องจำเลยที่เป็นมุสลิมย้ายภูมิลำเนาออกจากเขต 4 จังหวัดภาคใต้เพื่อหลีกเลี่ยงไม่ใช้กฎหมายอิสลามในการวินิจฉัยชี้ขาด ปัญหาการอุทธรณ์ ฎีกาคำวินิจฉัยชี้ขาดของดะโต๊ะยุติธรรม และปัญหาการใช้กฎหมายอิสลามให้มีผลบังคับนอกศาล

---

1 ความหมายอัลหะดีษ บันทึกโดยอิบนุมาญะฮฺ, เลขที่ 1887.

2 กระทรวงยุติธรรม, เรื่องเดิม, หน้า 130-134.

สมบูรณ์พุทธจักร[1]ทำวิจัยเรื่อง การใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานีนราธิวาสยะลาและสตูลพบว่า รัฐบาลไทยได้ให้สิทธิเสรีภาพแก่ประชาชนชาวไทยมุสลิมในอันที่จะดำเนินชีวิตภายใต้หลักศาสนาอิสลามโดยเห็นได้จากบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการศาสนูปถัมภ์ฝ่ายอิสลามพ.ศ. 2486 .และพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานีนราธิวาสยะลาและสตูลพ.ศ2489 .แต่เนื่องจากกฎหมายอิสลามตามพระราชบัญญัติดังกล่าวยังขาดรายละเอียดต่างๆที่จำเป็นต่อการบริหารกฎหมายอยู่เป็นอันมาก เมื่อเปรียบเทียบกับการใช้กฎหมายอิสลามในประเทศฟิลิปปินส์ศรีลังกาสิงคโปร์กล่าวคือพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานีนราธิวาสยะลาและสตูลพ.ศ.2489 บัญญัติให้ใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานีนราธิวาสยะลาและสตูลพ.ศ. 2489. แทนพระราชบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวมรดกเท่านั้นโดยไม่ได้กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับกฎหมายอิสลามที่จะนำมาบังคับใช้และวิธีพิจารณากฎหมายอิสลามตลอดจนองค์กรอื่นๆที่จำเป็นสำหรับการบริหารกฎหมายอิสลามการใช้กฎหมายจึงจำกัดอยู่เฉพาะแต่ในศาลเท่านั้นทำให้การใช้กฎหมายอิสลามขาดประสิทธิภาพเป็นอุปสรรคต่อการที่จะส่งเสริมการดำเนินชีวิตภายใต้หลักศาสนาอิสลามของประชาชนชาวไทยมุสลิม จึงได้เสนอให้ปรับปรุงแก้ไข (1)ให้ผู้ที่ทำการสมรสภายใต้หลักกฎหมายอิสลามในเขต 4 จังหวัดภาคใต้ต้องบังคับตามกฎหมายอิสลาม (2) ให้เจ้าหน้าที่ของรัฐพิจารณาใช้กฎหมายอิสลามเองได้ทั้งนี้ โดยกำหนดให้เจ้าหน้าที่ทางศาสนาอิสลาม กระทำหน้าที่จดทะเบียนสมรสทะเบียนหย่าในฐานะเจ้าหน้าที่ของรัฐและแต่งตั้งคณะกรรมการขึ้นมาเพื่อทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของมุสลิมถ้าหากคู่กรณียอมรับผลของการไกล่เกลี่ยก็อาจนำผลนั้นไปยืนยันสิทธิทางราชการได้ (3)ให้คู่ความสามารถอุทธรณ์คำตัดสินดะโต๊ะยุติธรรมได้ และ (4)ให้แก้ไขคุณสมบัติการคัดเลือกและการแต่งตั้งดะโต๊ะยุติธรรมเพื่อให้เกิดความเหมาะสม

จุฑิศพงศ์จุฑารัตน์[2]ทำวิจัยเรื่องบทบาทและหน้าที่ขุนนางกรมท่าขวาในสมัยอยุธยาถึงรัตนโกสินทร์(พ.ศ.2153-2435)พบว่าในสมัยกรุงศรีอยุธยาโดยพระมหากษัตริย์ทรงตั้งหน่วยงานเพื่อทำหน้าที่ในการติดต่อประสานงานกับชาวต่างชาติที่เข้ามาทำการค้าขายเรียกว่ากรมท่าซึ่งมีด้วยกัน 3 กรมคือกรมท่ากลางทำการติดต่อกับชาวต่างชาติทั่วไปกรมท่าซ้ายติดต่อกับชาวจีนและกรมท่าขวาติดต่อกับชาวอาหรับอินเดียมลายูชวาอิหร่านเป็นต้นแต่ละกรมท่านอกจากการทำหน้าที่ติดต่อค้าขายกับชาวต่างชาติแล้วก็ยังมีการจัดตั้งศาลขึ้นมาเป็นการเฉพาะโดยศาลกรมท่ากลางทำหน้าที่พิจารณาคดีของชาวต่างชาติทั่วไปและคดีของคนไทยศาลกรมท่าซ้ายจะพิจารณาคดีของชน

---

[1] สมบูรณ์พุทธจักร, เรื่องเดียวกัน, หน้า ฉ-ช .

[2] สมบูรณ์พุทธจักร, เรื่องเดิม, หน้า 112, 117,133.

ชาติจีนและศาลกรมท่าขวาทำการพิจารณาคดีของชนชาติแขกหรือคดีที่มีมุสลิมเป็นคดีความโดยขุนนางกรมท่าขวาจะเป็นเจ้าพนักงานตัดสินคดีความที่มีแขกเข้ามาเกี่ยวข้องไม่ว่าจะเป็นกรณีที่แขกเป็นจำเลยหรือโจทก์ไม่ว่าคู่ความนั้นจะเป็นชนชาติใดโดยการพิจารณาตัดสินคดีของศาลกรมท่าซ้ายและกรมท่าขวาได้ใช้กฎหมายและประเพณีของชนชาตินั้นๆเป็นหลักและกรมท่าขวายังมีฐานะเป็นผู้นำของศาลอิสลามทำการพิจารณาคดีที่อยู่ในอำนาจและเป็นหัวหน้าผู้ประกอบพิธีกรรมหรือมุลละฮฺในประชาคมมุสลิมเชื้อสายอินโด –อิหร่านด้วย

อุดมหลำเบ็ญสะ[1]ทำวิจัยเรื่องบทบาทของคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดในจังหวัดชายแดนภาคใต้พบว่าคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดเป็นองค์กรสูงสุดทางศาสนาอิสลามในจังหวัดหนึ่งๆเป็นกลุ่มบุคคลที่มีบทบาทสำคัญอย่างยิ่งในการส่งเสริมการเผยแผ่ศาสนาอิสลามและการพัฒนาสังคมมุสลิมในเขตจังหวัดนั้นๆและมีอำนาจหน้าที่ตามพระราชบัญญัติการบริหารองค์กรศาสนาอิสลามพุทธศักราช2540 มาตรา26(1)

ก้อซันหลี เบ็ญหมัด[2]ทำวิจัยเรื่องการใช้กฎหมายอิสลามลักษณะครอบครัวและมรดกของมุสลิมในจังหวัดสงขลาพบว่า มุสลิมในประเทศไทยใช้กฎหมายครอบครัวและมรดก โดยลักษณะการใช้มีการปรับเปลี่ยนตามความเหมาะสมของเหตุการณ์บ้านเมืองตลอดมา และมีกฎหมายรองรับการใช้ดังกล่าวเฉพาะในจังหวัดปัตตานี ยะลา สตูล และนราธิวาส ในส่วนของจังหวัดสงขลา การใช้กฎหมายอิสลามลักษณะครอบครัวและมรดก เป็นการใช้กฎหมายอิสลามจากตำรากฎหมายอิสลามภาษาอาหรับและภาษามาลายู เป็นกฎหมายจากตำรากฎหมายอิสลามที่เป็นที่ยอมรับกันในโลกมุสลิม ในส่วนของปัญหาพบว่า การใช้กฎหมายอิสลามลักษณะครอบครัวและมรดก ไม่สามารถตอบสนองความจำเป็นของสังคมมุสลิมได้อย่างเต็มประสิทธิภาพ โดยมีปัญหาในประเด็นการขอความยินยอมต่อหญิงที่จะสมรสและวิธีการหย่า และขาดรายละเอียดที่จำเป็นในการใช้กฎหมายอิสลาม โดยยังขาดระเบียบเกี่ยวกับการหย่าและการจ่ายค่าอุปการะเลี้ยงดูหลังการหย่าทำให้มุสลิมในจังหวัดสงขลามีการจ่ายค่าอุปการะเลี้ยงดูหลังการหย่าน้อยอย่างยิ่ง

---

[1] อุดม หลำเบ็ญสะ, **บทบาทของคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดในจังหวัดชายแดนภาคใต้**, วิทยานิพนธ์ศิลปศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชาไทยคดีศึกษา มหาวิทยาลัยทักษิณ (สำเนา), 2544 หน้า 95 – 103.

[2] ก้อซันหลี เบ็ญหมัด, **การใช้กฎหมายอิสลามลักษณะครอบครัวและมรดกของมุสลิมในจังหวัดสงขลา**, วิทยานิพนธ์ศิลปศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชาอิสลามศึกษา มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์(สำเนา), 2545.

อับดุลเราะมัน เจะอารง[1]ทำวิจัยเรื่องสิทธิของภริยาในการหย่าและสิทธิที่พึงได้ตามกฎหมายอิสลาม กรณีศึกษาจังหวัดปัตตานี พบว่า หญิงที่ไม่ได้รับสิทธิใดๆเลยหลังการสมรสมีจำนวนมากถึงร้อยละ 73.10 หญิงที่ไม่ได้รับสิทธิในค่าอุปการะเลี้ยงดูหลังการหย่าตลอดที่อยู่ในช่วงอิดดะฮฺ อยู่ในระดับสูงมากถึงร้อยละ 100 หญิงที่ได้รับค่าอุปการะเลี้ยงดูบุตรทุกเดือน มีน้อยที่สุด โดยมีเพียงร้อยละ 3.08 และหญิงที่ได้รับค่ามุตอะฮฺ มีน้อยที่สุด โดยมีเพียงร้อยละ 2

คณะกรรมการอิสระเพื่อความสมานฉันท์แห่งชาติ[2]ได้จัดทำนโยบาย มาตรการ กลไก วิธีการสร้างสมานฉันท์ และสันติสุขในสังคมไทยโดยเฉพาะใน 3 จังหวัดชายแดนภาคใต้ โดยเสนอให้ดำเนินการเพื่อยกระดับการอำนวยความยุติธรรมเกี่ยวกับคดีครอบครัวและมรดกตามกฎหมายอิสลาม 3 ข้อ ดังนี้ (1) จัดทำกฎหมายอิสลามที่เกี่ยวกับเรื่องครอบครัวและมรดกที่มีรายละเอียดครอบคลุมถึงกฎหมายวิธีพิจารณาความ การอุทธรณ์ ฎีกาและหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการขัดกันของกฎหมายอย่างชัดเจน ทั้งนี้ โดยคำนึงถึงศาลที่มีลักษณะเช่นนี้ในต่างประเทศ เช่น สิงคโปร์ ฟิลิปปินส์ และศรีลังกา เป็นต้น (2) ให้ศึกษาความเป็นไปได้ในการจัดตั้งแผนกกฎหมายอิสลามขึ้นในศาลยุติธรรมในจังหวัดชายแดนภาคใต้ (3) ระหว่างที่ยังไม่มีการจัดทำกฎหมายและจัดตั้งแผนกกฎหมายอิสลามดังกล่าวข้างต้น ให้เริ่มงานที่เป็นรูปธรรม ดังนี้ คือ (3.1) ให้นำเอาระบบอนุญาโตตุลาการในศาลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้ในคดีแพ่งสำหรับคู่ความที่เป็นมุสลิม และควรกำหนดข้อกำหนดวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการโดยเฉพาะเพื่อให้อนุญาโตตุลาการสามารถนำไปใช้ได้ในลักษณะเดียวกันกับข้อกำหนดสำหรับการนำระบบอนุญาโตตุลาการมาใช้ในคดีประเภทอื่น ๆ ทั้งนี้ ให้เป็นไปตามกรอบกฎหมายที่เกี่ยวข้อง สำหรับผู้ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการอาจแต่งตั้งจากผู้ทรงคุณวุฒิที่มีความรู้เกี่ยวกับกฎหมายอิสลามและเป็นที่นับถือในชุมชน เช่น อิหม่าม ซึ่งจะทำให้สามารถนำระบบพิจารณาคดีของกฎหมายอิสลามมาปรับใช้ได้เต็มรูปแบบมากขึ้น ภายใต้การกำกับดูแลของผู้พิพากษา (3.2) ปรับปรุงคู่มือกฎหมายอิสลามที่ใช้ในการวินิจฉัยชี้ขาดให้มีเนื้อหาครอบคลุมใช้ภาษาที่สาธารณชนเข้าใจได้ง่าย เพื่อใช้ประกอบกับกฎหมายอิสลามเกี่ยวกับครอบครัวและมรดกและควรจัดให้มีคู่มือสำหรับอนุญาโตตุลาการด้วย และ (3.3) ให้จัดระบบกลไกการจัดการเกี่ยวกับครอบครัวและมรดกตลอดจนการจัดการข้อพิพาทชุมชนมุสลิม ในรูปแบบกระบวนการยุติธรรมทางเลือก โดยสร้างการมีส่วนร่วมของผู้นำทางศาสนา เช่น อิหม่ามที่มีความใกล้ชิดกับชุมชนอยู่แล้ว ปรับปรุงกระบวนการ

---

[1] อับดุลเราะมัน เจะอารง,**สิทธิของภริยาในการหย่าและสิทธิที่พึงได้ตามกฎหมายอิสลาม กรณีศึกษาจังหวัดปัตตานี**, วิทยานิพนธ์ศิลปศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชาอิสลามศึกษา มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์ (สำเนา), 2547, หน้า 137, 138, 155.

[2] คณะกรรมการอิสระเพื่อความสมานฉันท์แห่งชาติ, เรื่องเดิม,หน้า 80 – 82.

ในการดำเนินงานให้เป็นระบบ และทำให้ข้อตกลงที่ได้มาจากกระบวนการเช่นนี้ สามารถมีผลบังคับใช้ตามกฎหมาย

วิชัย ปะดูกา[1] เขียนบทความวิจัยเรื่องบทบาทของพหุนิยมทางกฎหมายในฐานะเครื่องมือทางการบริหารกรณีการใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย โดยได้ศึกษาเปรียบเทียบกับกรณีการใช้กฎหมายอิสลามในประเทศสิงคโปร์ ฟิลิปปินส์ และศรีลังกา ได้สรุปและให้ข้อเสนอแนะว่า (1) ให้ปรับปรุงแก้ไขพระราชบัญญัติ ว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ. 2489 (2) จัดทำประมวลวิธีพิจารณาความ และกฎหมายลักษณะพยานขึ้นโดยเฉพาะ เพราะการใช้กฎหมายอิสลามลักษณะครอบครัวและมรดกในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล ในการพิจารณาคดีได้ใช้กฎหมายวิธีพิจาณาความแพ่งและกฎหมายลักษณะพยาน ซึ่งถือได้ว่าไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายอิสลาม (3) ขยายการใช้กฎหมายอิสลามลักษณะครอบครัวและมรดกทั่วทุกภูมิภาค ในเบื้องต้นไม่ต้องมีดะโต๊ะ-ยุติธรรม (ผู้วินิจฉัยข้อกฎหมายอิสลาม) ในศาลทุกจังหวัด แต่ให้อยู่ประจำศาลในภูมิภาคเช่นเดียวกับกรณีของศาลแรงงานกลาง ศาลแรงงานภาค ศาลล้มละลายกลาง ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง (4) ออกกฎหมายเกี่ยวกับการบริหารกฎหมายอิสลามและกิจการที่เกี่ยวข้องกับองค์กรอิสลามมารองรับ เพื่อให้การใช้กฎหมายอิสลามมีมาตรฐานเดียวกันทั่วประเทศ เช่น พระราชบัญญัติการบริหารกฎหมายอิสลามขึ้นมาแทนพระราชบัญญัติองค์กรบริหารศาสนาอิสลาม พ.ศ. 2540 ซึ่งกำลังใช้อยู่ในปัจจุบัน (5) จัดตั้งสำนักงานทะเบียนอิสลามขึ้นมาทำหน้าที่ด้านทะเบียนสมรส ทะเบียนหย่าหรือเพิกถอนการหย่า และการเปลี่ยนแปลงศาสนาอิสลาม เพื่อให้การใช้กฎหมายอิสลามลักษณะครอบครัวและมรดก มีความชัดเจนเกี่ยวกับบุคคลที่เข้าเงื่อนไขที่จะอยู่ใต้บังคับบทบัญญัติของกฎหมายอิสลามลักษณะครอบครัวและมรดก กับบุคคลที่อยู่ใต้บังคับบทบัญญัติของกฎหมายแพ่ง เพราะในเรื่องของการนับถือศาสนานั้นสามารถเปลี่ยนแปลงได้ อีกทั้งยังมีการสมรสระหว่างผู้ที่นับถือศาสนาต่างกัน (ซึ่งบทบัญญัติของศาสนาอิสลามกำหนดให้ผู้ที่นับถือศาสนาอื่นมีความศรัทธาในศาสนาอิสลามเสียก่อนจึงจะสมรสกันได้) จึงสมควรจัดตั้งสำนักงานทะเบียนอิสลาม เพื่อให้กระบวนการใช้กฎหมายอิสลามทั้งในและนอกศาลมีเอกภาพไม่ให้เกิดปัญหากรณีการเปลี่ยนแปลงศาสนา

---

[1] วิชัย ปะดูกา, **บทบาทของพหุนิยมทางกฎหมายในฐานะเครื่องมือทางการบริหารกรณีการใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย,** 2552, (ออนไลน์) เข้าถึงเมื่อ 15 มีนาคม 2554 จาก http://www.gspa.ru.ac.th/downloads/doc/d010.doc.

M.B. Hooker[1]กล่าวไว้ในหนังสือ Undang-Undang Islam di Asia Tenggara ว่า โดยทั่วไปแล้ว กฎหมายครอบครัวและมรดกในรัฐต่างๆของประเทศมาเลเซียจะประกอบไปด้วยหมวดต่างๆ ได้แก่ หมวดว่าด้วยการหมั้น การสมรสและการสิ้นสุดการสมรส มีการบัญญัติถึงการกำหนดจำนวนมะฮัรฺ รูปแบบและกฎเกณฑ์ในการจ่ายมะฮัรฺ การผิดสัญญาหมั้นและการจ่ายค่าทดแทน การประกอบพิธีสมรส โดยทั่วไปแล้วกฎหมายให้อำนาจนี้แก่ผู้พิพากษาและอิหม่ามเท่านั้น นอกจากบางรัฐที่ให้วะลีย์[2]ประกอบพิธีสมรสได้เมื่อได้รับการยินยอมจากผู้พิพากษาหรืออิหม่าม ในการหย่า กฎหมายกำหนดขั้นตอนต่างๆ ไว้อย่างชัดเจน เช่น กฎหมายของรัฐสลังงอกำหนดให้สามีมีอำนาจหย่าอย่างสมบูรณ์ แต่สามีจะต้องแจ้งให้กับผู้พิพากษาทราบล่วงหน้าเป็นเวลาอย่างน้อย 7 วัน และผู้พิพากษาจะต้องมาร่วมในพิธีหย่าและพิจารณาความถูกต้องสมบูรณ์ของการหย่า หลังจากที่ได้พยายามไกล่เกลี่ยให้คืนดีกันก่อนแล้ว พร้อมจดทะเบียนหย่า ส่วนอำนาจของภรรยาในการคุลอ์ กฎหมายกำหนดให้ภรรยาดำเนินการได้ก็ต่อเมื่อได้รับความยินยอมจากสามีเท่านั้น นอกจากนั้น กฎหมายยังกำหนดค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ที่มิได้เป็นบทบัญญัติทางศาสนาอิสลาม หากทว่าเป็นจารีตประเพณีที่แทรกอยู่ในกฎหมายอิสลามของมาเลเซีย ในบางรัฐ เช่น รัฐกลันตันและตรังกานู กฎหมายกำหนดให้มีหนังสือสัญญาตะลีก(เงื่อนไข) เป็นส่วนหนึ่งของสัญญาสมรสด้วย สัญญานี้ให้อำนาจแก่หญิงที่จะฟ้องหย่าหากชายผิดสัญญา ในสัญญานี้จะกล่าวถึงอำนาจของหญิงในการฟ้องหย่าเนื่องจากการจงใจละทิ้งร้าง และการไม่จ่ายค่าอุปการะเลี้ยงดู หากสอบสวนแล้วพบข้อเท็จจริงตามฟ้องผู้พิพากษาจะรับรองการหย่าดังกล่าวและจดทะเบียนหย่าให้

จากการศึกษาเอกสารงานวิจัยที่เกี่ยวข้องพบว่า มีการศึกษาวิจัยเกี่ยวกับการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานีนราธิวาสยะลาและสตูลทั้งในภาพรวมระดับประเทศ และภาพย่อยในระดับจังหวัดหรือชุมชนในแง่มุมที่แตกต่างกัน มีการนำเสนอประเด็นปัญหาและข้อเสนอแนะต่าง ๆ ที่เป็นประโยชน์อย่างมากต่องานวิจัยนี้ เช่น ประเด็นดะโต๊ะยุติธรรมมีอำนาจหน้าที่วินิจฉัยเฉพาะในข้อกฎหมายอิสลามไม่มีอำนาจในปัญหาข้อเท็จจริงประเด็นการใช้กฎหมายอิสลามเฉพาะในศาลไม่มีผลใช้บังคับนอกศาลประเด็นคำวินิจฉัยชี้ขาดของดะโต๊ะยุติธรรมให้เป็นเด็ดขาดไม่สามารถอุทธรณ์หรือฎีกาประเด็นอายุความมรดก 1 ปีตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ตรงกับอายุความมรดกตามหลักกฎหมายอิสลามประเด็นการย้ายภูมิลำเนาออกนอกเขต

---

[1] Hooker, M.B., **Undang – Undang Islam di Asia Tengara**. (Kuala Lumpur: Dewan Bahasa dan Pustaka), 1992 , 174 – 177.

[2] วะลีย์: ผู้ปกครองฝ่ายหญิง มีอำนาจหน้าที่ในการให้อนุญาตการสมรสหรือมอบอำนาจนั้นให้ผู้อื่นกระทำแทนตน โดยวะลีย์ต้องมีคุณสมบัติเป็นชายมุสลิม ที่บรรลุศาสนภาวะ มีสติสัมปชัญญะสมบูรณ์ และเป็นผู้ตั้งมั่นอยู่ในความถูกต้องเที่ยงธรรม

พื้นที่ 4 จังหวัดชายแดนภาคใต้ทำให้ไม่สามารถนำกฎหมายอิสลามไปบังคับใช้ได้ ประเด็นการยึดถือมัซฮับแตกต่างกันของมุสลิมไทย และการสมรสระหว่างคนไทยกับคนต่างชาติ เช่น มาเลเซีย เหล่านี้เป็นส่วนหนึ่งของประเด็นปัญหาที่ทำให้จำเป็นต้องมีการปรับปรุงแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน ได้แก่พระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลาม พ.ศ. 2489 โดยขยายการบังคับใช้ให้ครอบคลุมทั่วประเทศ และต้องจัดทำประมวลวิธีพิจารณาความกฎหมายลักษณะพยาน และกฎหมายเกี่ยวกับการบริหารและองค์กรบริหารกฎหมายอิสลาม เพื่อให้การใช้กฎหมายอิสลามมีมาตรฐานเดียวกันทั่วประเทศ และควรจัดให้มีศาลเฉพาะสำหรับการใช้กฎหมายอิสลาม และพร้อมกันนั้นก็ยังมีข้อเสนอให้จัดตั้งสำนักงานทะเบียนอิสลามขึ้น มาทำหน้าที่ด้านทะเบียนสมรสทะเบียนหย่าหรือเพิกถอนการหย่าและการเปลี่ยนศาสนา เป็นต้น เพื่อให้กระบวนการใช้กฎหมายอิสลามทั้งในและนอกศาลมีเอกภาพ งานวิจัยเรื่องการปรับใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทยนี้ จึงเป็นการวิจัยเชิงทบทวนและต่อยอดข้อค้นพบและข้อเสนอแนะต่าง ๆ ในอดีต เพื่อประมวลผลองค์รวมอย่างเป็นระบบ ทั้งในส่วนของหลักการทางกฎหมายและศาลอิสลามในอดีต การประยุกต์ใช้กฎหมายอิสลามในต่างประเทศบางประเทศในปัจจุบัน เพื่อกำหนดเป็นแนวทางที่เหมาะสมสำหรับการปรับปรุงพัฒนาการปรับใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทยที่สอดคล้องกับบริบทของสังคมไทย โดยผ่านกระบวนการมีส่วนร่วมจากฝ่ายต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องทั้งในพื้นที่สี่จังหวัดชายแดนภาคใต้และทั่วประเทศไทย

1.6 นิยามศัพท์เฉพาะ

1. **ระบบกฎหมายอิสลาม** หมายถึง สาระ วิธีการ ขั้นตอนและกลไกการบัญญัติและการบังคับใช้กฎหมายอิสลามในยุคต่างๆ โดยมีรากฐานมาจากยุคของท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ

2. **การใช้กฎหมายอิสลามและองค์กรบริหารและพัฒนาการใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย** หมายถึง การใช้กฎหมายอิสลามตาม พระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี ยะลา นราธิวาส และสตูล พ.ศ. 2489 โดยมีหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกเป็นคู่มือ และองค์กรต่าง ๆ อันได้แก่องค์กรทางตุลาการที่เกี่ยวข้องและองค์กรตามพระราชบัญญัติการบริหารองค์กรศาสนาอิสลาม พ.ศ.2540

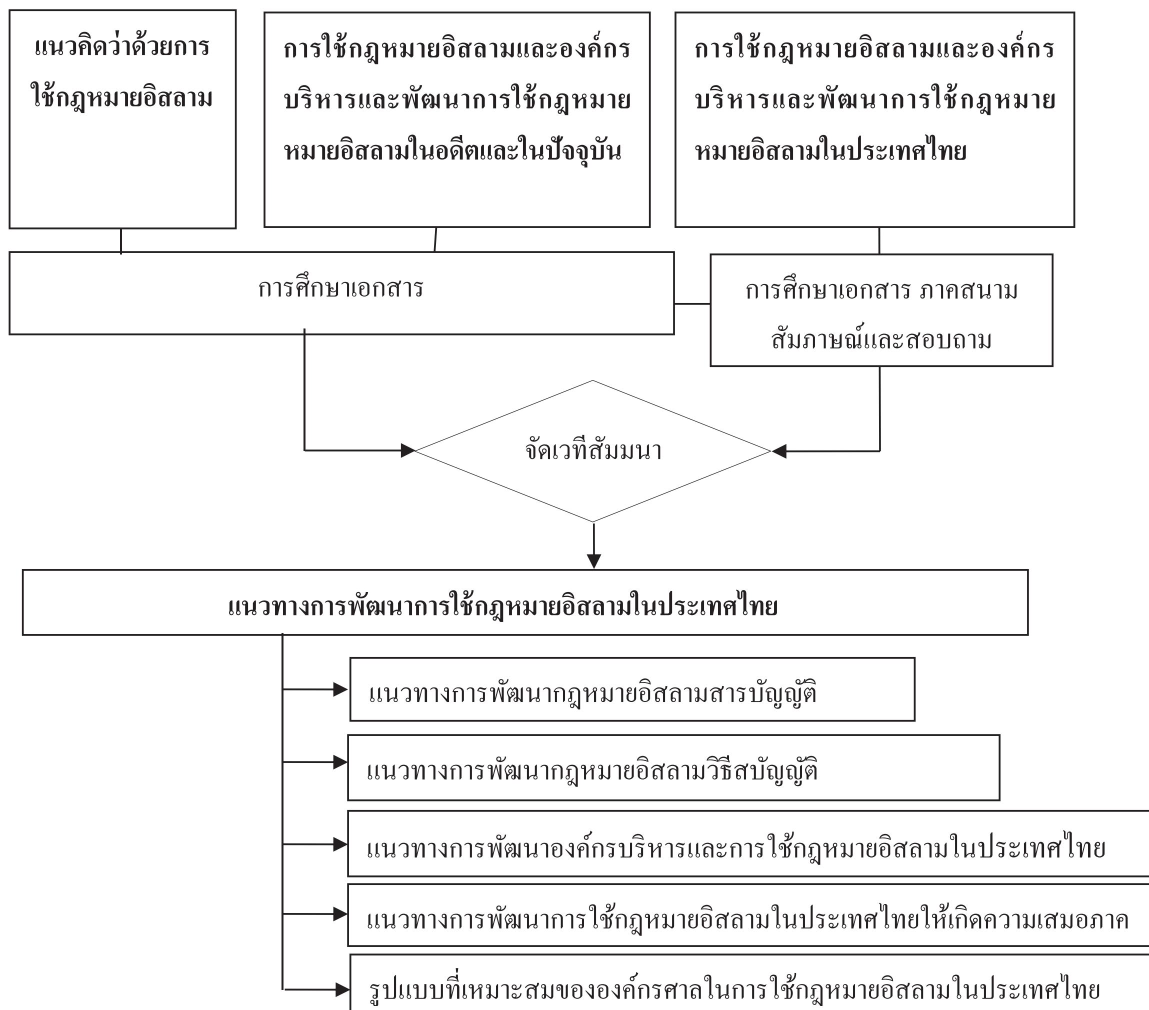
3. **การปรับปรุงและพัฒนาการใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทยให้เกิดความเสมอภาค** หมายถึง การปรับปรุงกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกทั้งในส่วนสารบัญญัติและวิธีสบัญญัติโดยการขยายขอบเขตการบังคับใช้ไปยังประชากรมุสลิมทุกจังหวัดในประเทศไทย และเป็นเนื้อหาที่มุสลิมทั่วประเทศสามารถยอมรับได้ ตลอดจนมีเนื้อหาครอบคลุม และสามารถนำไปบังคับใช้ได้อย่างสมบูรณ์

4. **รูปแบบที่เหมาะสมขององค์กรศาลที่ใช้กฎหมายอิสลาม** หมายถึง ชื่อ ลักษณะ ชั้นของศาลและบุคลากรตลอดจนหน่วยงานสนับสนุนการบังคับใช้กฎหมายอิสลาม

1.7 กรอบแนวคิดการวิจัย

จากการศึกษาเอกสารและงานวิจัยที่เกี่ยวข้อง คณะผู้วิจัยได้กำหนดกรอบแนวความคิดในการวิจัยเรื่อง “การปรับใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย”ภายใต้กรอบวัตถุประสงค์ที่มุ่งศึกษาการปรับใช้กฎหมายอิสลามในภาพรวม ทั้งกฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายวิธีสบัญญัติ โดยเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับครอบครัวและมรดก และศึกษาปัญหาเกี่ยวกับการใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย เช่น ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายอิสลามที่ให้มีผลบังคับเฉพาะในศาล และให้จำกัดอาณาเขตเฉพาะในสี่จังหวัดชายแดนภาคใต้ ปัญหาเกี่ยวกับอำนาจของดะโต๊ะยุติธรรมที่ให้มีเพียงการวินิจฉัยชี้ขาดข้อกฎหมายอิสลามเท่านั้น ไม่มีอำนาจในการวินิจฉัยข้อเท็จจริง และคำวินิจฉัยของดะโต๊ะยุติธรรมให้ถึงที่สุด ทำให้คู่ความไม่สามารถอุทธรณ์และฎีกาต่อไปได้นอกจากนั้นการดำเนินกระบวนพิจารณาคดีตามกฎหมายอิสลาม ต้องดำเนินการตามกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เนื่องจากไม่มีการกำหนดให้ใช้กฎหมายวิธีพิจารณาความอิสลาม และไม่มีองค์กรศาลเพื่อวินิจฉัยชี้ขาดคดีเกี่ยวกับกฎหมายอิสลามโดยเฉพาะ รวมทั้งยังมีครอบครัวมุสลิมในบางชุมชนที่ปฏิบัติฝ่าฝืนบัญญัติอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกทั้งโดยรู้และไม่รู้ ส่งผลกระทบต่อชีวิตความเป็นอยู่ของทุกคนในครอบครัว การแก้ไขประเด็นปัญหาเหล่านี้จะต้องศึกษารายละเอียดทั้งจากบทบัญญัติทางศาสนาและทัศนะของบรรดานักปราชญ์มัซฮับต่าง ๆ ในอดีต ควบคู่ไปกับความคิดเห็นของบรรดาผู้ทรงคุณวุฒิ ผู้รู้ และผู้นำในท้องถิ่นทั่วประเทศเพราะบทบัญญัติแห่งกฎหมายอิสลามมีความหลากหลายและยืดหยุ่นในรายละเอียดปลีกย่อยอย่างมาก ยิ่งทำการศึกษาลึกซึ้งกว้างขวางมากเพียงใดยิ่งทำให้สามารถนำมาปรับใช้กับสังคมในแต่ละยุคสมัยได้อย่างสะดวกและเหมาะสมได้มากเท่านั้นคณะผู้วิจัยจึงได้กำหนดให้ทำการศึกษาบทบัญญัติทางศาสนาอิสลามเกี่ยวกับแนวคิดว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามองค์กรบริหารและพัฒนาการใช้กฎหมายหมายอิสลามในอดีตและในปัจจุบันองค์กรบริหารและพัฒนาการใช้กฎหมายหมายอิสลามในประเทศไทยตลอดจนศึกษาการบังคับใช้กฎหมายอิสลามในต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศมาเลเซียและประเทศฟิลิปปินส์ เพื่อเป็นข้อเปรียบเทียบกับการปรับใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย โดยการศึกษาเอกสาร การสอบถาม สัมภาษณ์ และสัมมนา เพื่อค้นหาแนวทางการพัฒนาการปรับใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทยทั้งในส่วนสารบัญญัติและวิธีสบัญญัติ แนวทางการพัฒนาองค์กรบริหารและการใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทยแนวทางการพัฒนาการใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทยให้เกิดความเสมอภาคและรูปแบบขององค์กรศาลที่เหมาะสมเพื่อการปรับใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทยอย่างเป็นระบบดังปรากฏในแผนภูมิกรอบแนวคิดต่อไปนี้

แผนภูมิ 1.1 แสดงกรอบแนวความคิดในการวิจัย



จากแผนภูมิกรอบแนวความคิดในการวิจัยข้างต้น แสดงให้เห็นถึงประเด็นที่จะทำการ-ศึกษา 3 ประเด็นหลัก ได้แก่ ประเด็นแรก ศึกษาหลักทั่วไปในภาพรวมเกี่ยวกับแนวคิดว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามทั้งในส่วนสารบัญญัติและวิธีสบัญญัติประเด็นที่สอง การใช้กฎหมายอิสลามและองค์กรบริหารและพัฒนาการใช้กฎหมายหมายอิสลามในอดีต ในสมัยของท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ กระทั่งถึงสมัยออตโตมานและในปัจจุบันโดยศึกษากรณีประเทศที่มีมุสลิมเป็นคนส่วนใหญ่ คือ ประเทศมาเลเซีย และประเทศที่มีมุสลิมเป็นคนส่วนน้อย คือ ประเทศฟิลิปปินส์และประเด็นที่สาม ศึกษาการใช้กฎหมายอิสลามและองค์กรบริหารและพัฒนาการใช้กฎหมายหมายอิสลามในประเทศไทย โดยในการศึกษาทั้ง3 ประเด็นนั้น จะทำการศึกษาทั้งเอกสารและการศึกษาภาคสนาม หลังจากนั้นจึงนำข้อมูลที่ได้จากการศึกษามานำเสนอในเวทีการสัมมนาอีก3ครั้ง เพื่อวิพากษ์ วิเคราะห์ และสังเคราะห์แนวทางการพัฒนาการปรับใช้กฎหมายอิสลามที่เหมาะสมกับบริบทของสังคมไทย ทั้งในด้านสารบัญญัติ วิธีสบัญญัติ ตลอดจนการพัฒนาองค์กรบริหารการใช้กฎหมายอิสลาม และองค์กรศาลที่เหมาะสมเพื่อการบังคับใช้กฎหมายอิสลามอย่างมีประสิทธิภาพในสังคมไทย

1.8 วิธีดำเนินการวิจัย

วิธีการศึกษาวิจัยประกอบด้วยการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) การสอบถาม การสัมภาษณ์เจาะลึก (Indepth Interview) การจัดประชุมสัมมนาวิพากษ์ซึ่งมีขั้นตอนและวิธีการวิจัยและสถานที่เก็บข้อมูล ดังนี้

1.8.1 ขั้นตอนและวิธีการวิจัย

1.8.1.1 ศึกษาวิจัยเอกสาร อัลกุรอาน สุนนะฮฺ วรรณกรรม และงานวิจัยที่เกี่ยวข้องกับระบบกฎหมายอิสลาม และองค์กรบริหารและพัฒนาการปรับใช้กฎหมายอิสลาม

1.8.1.2 ศึกษาและรวบรวมข้อมูลเกี่ยวกับปัญหาอุปสรรคในการบังคับใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย แนวทางการปรับปรุงพัฒนาและรูปแบบขององค์กรศาลที่เหมาะสม ตลอดจนคดีความที่เกิดขึ้นตามกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก โดยการสัมภาษณ์เชิงลึก (Indepth Interview) ดะโต๊ะยุติธรรมประจำศาลจังหวัดต่างๆ ศาลละ 1 คน รวม 5 คนผู้พิพากษาศาลยุติธรรมจังหวัดปัตตานี จังหวัดสตูล จังหวัดยะลา และจังหวัดเบตง จังหวัด ๆ ละ 1 คน รวม 4 คน และผู้ทรงคุณวุฒิที่เกี่ยวข้องจากสี่จังหวัดอีก 4 คน รวมทั้งสิ้น 13 คน

1.8.1.3 ศึกษา รวบรวม และวิเคราะห์ข้อมูลเกี่ยวกับแนวทางการพัฒนาการใช้กฎหมายอิสลาม การจัดทำหรือตราประมวลกฎหมายอิสลาม องค์กรศาลที่เหมาะสม และการขยายขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายอิสลามไปสู่จังหวัดอื่น เฉพาะอย่างยิ่งจังหวัดที่มีสำนักงานคณะกรรม

อิสลามประจำจังหวัด ซึ่งในปัจจุบันมีจำนวน 36 จังหวัด โดยจัดทำแบบสอบถามผู้ทรงคุณวุฒิจุฬาราชมนตรี กรรมการกลางอิสลามแห่งประเทศไทยที่มิได้ดำรงตำแหน่งประธานคณะกรรมอิสลามประจำหวัด ประธานกรรมการอิสลามประจำจังหวัดหรือผู้แทน กรรมการอิสลามประจำจังหวัด ผู้พิพากษา ดะโต๊ะยุติธรรม และนักวิชาการมุสลิมในมหาวิทยาลัยหรือสถาบันการศึกษาทั่วทุกภาคของประเทศและผู้เกี่ยวข้องทั่วไป เช่น นักวิชาการด้านสังคมศาสตร์ นักสิทธิมนุษยชน รวมทั้งสิ้น 83 คน

1.8.1.4 จัดประชุมสัมมนาเพื่อวิพากษ์ข้อเสนอแนวการพัฒนาการปรับใช้กฎหมายอิสลาม จำนวน 2 ครั้ง โดยได้จัดที่ภาคใต้ (หาดใหญ่) หนึ่งครั้ง และจัดที่ภาคกลาง (กรุงเทพฯ) หนึ่งครั้ง โดยมีกลุ่มเป้าหมาย คือผู้แทนที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญด้านกฎหมายอิสลามและหรือกฎหมายไทย ดังนี้

(1) เวทีสัมมนาภาคใต้ ประกอบด้วยผู้พิพากษา ทนายความคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัด คณะกรรมการอิสลามประจำมัสยิด โต๊ะครู นักวิชาการ และตัวแทนภาคประชาสังคมจากจังหวัดต่าง ๆ ทางภาคใต้ จำนวน34คน

(2) เวทีภาคกลาง ประกอบด้วยผู้พิพากษา ทนายความ คณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัด ผู้ทรงคุณวุฒิจุฬาราชมนตรี คณะกรรมการอิสลามประจำมัสยิด โต๊ะครู นักวิชาการ และตัวแทนภาคประชาสังคมจากจังหวัดต่าง ๆ ทางภาคกลาง ภาคเหนือ และภาคตะวันออก จำนวน 51คน

1.8.1.5 จัดประชุมสัมมนาผู้ทรงคุณวุฒิและผู้แทนหน่วยงานทั้งภาครัฐและเอกชนเพื่อนำเสนอ (ร่าง) รายงานผลการวิจัย และรับฟังความคิดเห็นเพิ่มเติม ณ กรุงเทพฯ โดยมีกลุ่มเป้าหมายที่เข้าร่วมรับฟังและแสดงความคิดเห็นประกอบด้วยผู้พิพากษา ทนายความ คณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัด ผู้ทรงคุณวุฒิจุฬาราชมนตรี คณะกรรมการอิสลามประจำมัสยิด โต๊ะครู นักวิชาการ และตัวแทนภาคประชาสังคมจากกรุงเทพมหานคร และจังหวัดต่าง ๆ ทางภาคกลาง ภาคเหนือ และภาคตะวันออก จำนวน 54 คน

1.8.1.6 ปรับปรุงแก้ไข และจัดพิมพ์รายงานผลการวิจัยฉบับสมบูรณ์

1.8.2 สถานที่ที่ทำการเก็บข้อมูล

สถานที่หรือกลุ่มเป้าหมายที่ทำการเก็บข้อมูลภาคสนาม แบ่งออกเป็น 3กลุ่ม คือ

1.8.2.1 ดะโต๊ะยุติธรรม ผู้พิพากษา และผู้ทรงคุณวุฒิที่เกี่ยวข้องใน 4 จังหวัดชายแดนภาคใต้

1.8.2.2 ผู้ทรงคุณวุฒิจุฬาราชมนตรี กรรมการกลางอิสลามแห่งประเทศไทย ประธานกรรมการอิสลามประจำจังหวัดหรือผู้แทน กรรมการอิสลามประจำจังหวัด และนักวิชาการมุสลิม

ในมหาวิทยาลัยหรือสถาบันการศึกษาทั่วทุกภาคของประเทศและผู้เกี่ยวข้องทั่วไปในพื้นที่ภาคใต้ตอนบน ในภาคกลางภาคตะวันออก ภาคเหนือ และภาคอีสาน

1.8.3 วิธีการเก็บข้อมูล

วิธีการเก็บรวบรวมข้อมูลมีดังต่อไปนี้

1.8.3.1 เก็บรวบรวมข้อมูลเอกสารโดยรวบรวมข้อมูลทางกฎหมายอิสลาม บทความทางวิชาการ รายงานการประชุม สรุปผลการสัมมนา คำพิพากษาและคำสั่งต่าง ๆ ตลอดจนงานวิจัยที่เกี่ยวข้องกับการใช้กฎหมายอิสลามในพื้นที่จังหวัดชายแดนภาคใต้และในประเทศไทย

1.8.3.2 เก็บรวบรวมข้อมูลเชิงปริมาณโดยการจัดทำแบบสอบถามเป็นเครื่องมือในการวิจัยและจัดส่งไปยังกลุ่มเป้าหมายที่เกี่ยวข้องกับการใช้กฎหมายอิสลามในพื้นที่ภาคใต้ตอนบนในภาคกลาง ภาคตะวันออก ภาคเหนือ และภาคอีสานที่มีสำนักงานคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัด ทั้งสิ้น36 จังหวัด

1.8.3.3 เก็บรวบรวมข้อมูลเชิงคุณภาพโดยการสัมภาษณ์กลุ่มเป้าหมายในพื้นที่จังหวัดชายแดนภาคใต้และผู้ทรงคุณวุฒิที่เกี่ยวข้องเกี่ยวกับการใช้กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก

1.8.3.4 เก็บรวบรวมข้อมูลจากการจัดเวทีประชุมสัมมนาครั้งที่ 1 เพื่อวิพากษ์ข้อเสนอแนวการพัฒนาการใช้กฎหมายอิสลาม ผู้เข้าร่วมสัมมนาประกอบด้วยผู้พิพากษา ทนายความ คณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัด คณะกรรมการอิสลามประจำมัสยิด โต๊ะครู นักวิชาการ และตัวแทนภาคประชาสังคมจากจังหวัดต่าง ๆ ทางภาคใต้

1.8.3.5 เก็บรวบรวมข้อมูลจากการจัดเวทีประชุมสัมมนาครั้งที่ 2 เพื่อวิพากษ์ข้อเสนอแนวการพัฒนาการใช้กฎหมายอิสลาม ผู้เข้าร่วมสัมมนาประกอบด้วยผู้พิพากษา ทนายความ คณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัด คณะกรรมการอิสลามประจำมัสยิด โต๊ะครู นักวิชาการ และตัวแทนภาคประชาสังคมจากจังหวัดต่าง ๆ ในภาคกลาง ภาคตะวันออก ภาคเหนือ และภาคอีสาน

1.8.3.6 เก็บรวบรวมข้อมูลจากการจัดเวทีประชุมสัมมนาครั้งสุดท้าย เพื่อรับฟังความคิดเห็นและข้อเสนอแนะเพิ่มเติมต่อ “ร่าง” สรุปรายงานผลการวิจัยเบื้องต้นผู้เข้าร่วมประชุมสัมมนาประกอบด้วยทุกกลุ่มที่มีส่วนร่วมในการให้สัมภาษณ์เชิงลึก การตอบแบบสอบถาม การเข้าร่วมประชุมสัมมนาครั้งที่ 1 และครั้งที่ 2 จากกรุงเทพมหานคร และจังหวัดต่าง ๆ ทั้งในภาคใต้ ภาคกลาง ภาคตะวันออกและภาคเหนือ

1.9 การวิเคราะห์ข้อมูล

คณะผู้วิจัยได้กำหนดกระบวนการวิเคราะห์ข้อมูลดังนี้

1. ข้อมูลที่ได้จากเอกสารผู้วิจัยนำข้อมูลจากเอกสารซึ่งประกอบด้วย เอกสารบทความ หนังสือ ตำรา งานวิจัย รายงานการประชุมสัมมนา คำพิพากษาและคำสั่งต่าง ๆ ทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศที่เกี่ยวกับการการใช้กฎหมายอิสลาม แล้วจึงใช้วิธีวิเคราะห์เนื้อหาโดยใช้วิธีเชิงพรรณนา (Descriptive Content Analysis)

2. ข้อมูลที่ได้จากการสัมภาษณ์เชิงลึก นำมาวิเคราะห์โดยการวิเคราะห์ข้อมูลเชิงคุณภาพด้วยกระบวนการเชิงอุปนัย (Inductive data analysis) โดยวิเคราะห์จากข้อมูลส่วนย่อย ๆ (Segment) ก่อนแล้วพิจารณาส่วนย่อยที่คล้าย ๆ กันหรือประเภทเดียวกันมารวมกันจัดเป็นประเด็นรวม (Topic) และหลายประเด็นรวมกันเป็นกลุ่ม (Categories) และหลาย ๆ กลุ่มจัดเป็นแบบแผน (Pattern) ของแนวคิดและประเด็นหลักที่สำคัญเกี่ยวข้องกับการใช้กฎหมายอิสลาม

3. ข้อมูลที่ได้จากแบบสอบถาม นำมาวิเคราะห์โดยตรวจสอบจำนวนและความสมบูรณ์ของแบบวัดความคิดเห็นที่ได้รับกลับคืนมาทุกฉบับ วิเคราะห์หาค่าสถิติ ค่าร้อยละ ค่าเฉลี่ย และค่าเบี่ยงเบนมาตรฐาน โดยใช้โปรแกรมสำเร็จรูปคอมพิวเตอร์

การวิเคราะห์ข้อมูลเพื่อจัดระดับคะแนนเฉลี่ยค่าความคิดเห็น กำหนดเป็นช่วงคะแนนดังต่อไปนี้

1.00-1.49 หมายถึง ระดับความคิดเห็นอยู่ในระดับน้อยที่สุด
1.50-2.49 หมายถึง ระดับความคิดเห็นอยู่ในระดับน้อย
2.50-3.49 หมายถึง ระดับความคิดเห็นอยู่ในระดับปานกลาง
3.50-4.49 หมายถึง ระดับความคิดเห็นอยู่ในระดับมาก
4.50-5.00 หมายถึง ระดับความคิดเห็นอยู่ในระดับมากที่สุด

บทที่ 2

แนวคิดว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลาม

เพื่อประโยชน์ในการศึกษาทบทวน วิเคราะห์และทำความเข้าใจพัฒนาการ และแนวคิดในภาพรวมของกฎหมายอิสลาม อันอาจนำมาใช้สำหรับอ้างอิงเปรียบเทียบเป็นกรอบแนวทางในการศึกษาและพัฒนาแนวทางการปรับใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทยอย่างกว้าง ๆ เราควรจะทำความเข้าใจเบื้องต้นเกี่ยวกับความหมายของกฎหมายอิสลาม ระบบกฎหมายอิสลาม แหล่งที่มา (บ่อเกิด) นิติวิธี และประเภทของกฎหมายอิสลามกฎหมายสารบัญญัติอิสลาม กฎหมายวิธีสบัญญัติอิสลาม องค์กรศาลผู้พิพากษา คุณสมบัติ การคัดเลือกแต่งตั้ง อำนาจหน้าที่การดำเนินกระบวนพิจารณาคดี และการพ้นจากตำแหน่งของผู้พิพากษาในระบบกฎหมายอิสลามตามหลักของอิสลาม โดยศึกษาเรื่องราวเหล่านี้ในดินแดนที่ให้กำเนิดกฎหมายอิสลามเสียก่อน

2.1 ความหมายของกฎหมายอิสลาม

คำว่า “กฎหมายอิสลาม” ในภาษาอาหรับดังปรากฏในตำรากฎหมายอิสลาม มีความหมายใกล้เคียงกับคำว่า “ชะรีอะฮฺ” “หุกมฺ” หรือ “ฟิกฮฺ”ในการศึกษาความหมายของกฎหมายอิสลามจึงต้องทำความเข้าใจความหมายของถ้อยคำทั้ง 3 ดังกล่าว ซึ่งบรรดานักปราชญ์กฎหมายอิสลามได้อธิบายไว้อย่างละเอียด ทั้งความหมายในเชิงภาษาศาสตร์ และในเชิงวิชาการ[1] กล่าวโดยสรุปความหมายของ “กฎหมายอิสลาม” หมายถึง **“โองการแห่งอัลลอฮฺและสุนนะฮฺของศาสนทูตแห่งพระองค์ รวมทั้งข้อบัญญัติรายละเอียดที่ได้จากการวิเคราะห์วินิจฉัยของปวงปราชญ์ ในส่วนที่เกี่ยวกับการประพฤติปฏิบัติของมวลมนุษย์ ซึ่งมีลักษณะเป็นการกำหนดสิทธิ หน้าที่ และกฎเกณฑ์ต่าง ๆ”**

กฎหมายอิสลามจึงครอบคลุมตัวบทอัลกุรอานสุนนะฮฺ และข้อบัญญัติที่ได้จากการวิเคราะห์วินิจฉัยของบรรดานักปราชญ์มัซฮับต่างๆ เพียงแต่จำกัดเฉพาะส่วนที่เกี่ยวกับพฤติกรรม

---

[1] Al-Juwaini, **Al-Burhan fi Usul al-Fiqh**, (S.l.: Al-Wafaa), 1418 54-62; Al-Shirazi, **Al-Luma' fi Usul al-Fiqh**, (Beirut: Dar al-Kutub al-'Ilmiah), 1985: 16-24; Khallaf, **Khulasah Tarikh al-Tashrie' al-Islami**, (Kuwait: Dar al-Qalam),.n.d: 12-13; Al-Zuhaili, **Al-Fiqh al-Islamiwa Adillatuh** 1, (Damascas : Dar al-Fikr), 1985: 35-46; Wizarah al-Auqafwa Shu-un al-Islamiah, **Al-Mausuah al-Fiqhiah al-kuwaitiah**1, (Cairo: Matab'i al-Ahram), 1404: 8-12; Al-Dusuqi andal-Jabir, **Muqaddimah fi Dirasah al-Fiqh al-Islami**, (al-Duahah: Dar al-Thaqafah.) 2004: 9-14.

และการกระทำต่าง ๆ ของบุคคล ไม่รวมถึงตัวบทอัลกุรอานและสุนนะฮฺที่เกี่ยวกับหลักการศรัทธา หลักจริยธรรม ประวัติศาสตร์ หรือความเร้นลับในอนาคต เช่น วันสิ้นโลก การฟื้นคืนชีพ นรกและสวรรค์ บทบัญญัติแห่งกฎหมายอิสลามดังกล่าวนี้ครอบคลุมการกระทำ 5 ลักษณะ ได้แก่

(1) การกระทำที่จำเป็นต้องกระทำ เรียกว่า “วาญิบ”

(2) การกระทำที่จำเป็นต้องละเว้น เรียกว่า “หะรอม”

(3) การกระทำที่สมควรกระทำ เรียกว่า “มันดูบ”

(4) การกระทำที่สมควรละเว้น เรียกว่า “มักรูฮฺ”

(5) การกระทำที่อนุมัติให้กระทำหรือละเว้นก็ได้ เรียกว่า “มุบาหฺ”[1]

ดังนั้น กฎหมายอิสลามจึงแตกต่างจากกฎหมายตามแนวความคิดของสำนักคิดทางกฎหมายต่าง ๆ เช่น สำนักคิดทางกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law) ที่กล่าวว่ากฎหมายเป็นสิ่งที่มีอยู่เองตามธรรมชาติ เพราะกฎหมายอิสลามมีแหล่งที่มา (บ่อเกิด) ชัดเจนมิใช่มีอยู่เองตามธรรมชาติ และแตกต่างจากกฎหมายตามแนวคิดของสำนักคิดทางกฎหมายฝ่ายปฏิฐานนิยม หรือสำนักกฎหมายบ้านเมือง (Legal Positivism) ที่กล่าวว่า กฎหมายเป็นคำสั่งหรือข้อบังคับของรัฏฐาธิปัตย์ เพราะกฎหมายอิสลามมิใช่คำสั่งหรือข้อบังคับของรัฏฐาธิปัตย์ หากเป็นโองการหรือคำสั่งแห่งอัลลอฮฺ รัฏฐาธิปัตย์มีหน้าที่เพียงเป็นผู้บังคับใช้ให้เป็นไปตามหลักการและเจตนารมณ์แห่งกฎหมายอิสลามเท่านั้น และกฎหมายอิสลามแตกต่างจากกฎหมายตามทัศนะของสำนักคิดประวัติศาสตร์ (Historical School of Law) เพราะกฎหมายอิสลามเป็นกฎหมายที่มีหลักทั่วไปที่เป็นอมตะชั่วนิรันดร์ มีที่มาจากอัลกุรอานและสุนนะฮฺมิใช่มาจากจารีตประเพณี เว้นแต่จารีตประเพณีที่ไม่ขัดหรือแย้งกับอัลกุรอานและสุนนะฮฺ จารีตประเพณีจึงเป็นแหล่งที่มา (บ่อเกิด) ในลำดับรองหลังจากอัลกุรอาน สุนนะฮฺ อิจญ์มาอฺ และกิยาส ดังจะได้กล่าวต่อไป (ในหัวข้อ2.3) ดังนั้นกฎหมายอิสลามจึงไม่เปลี่ยนแปลงไปตามจารีตประเพณีหรือกาลเวลา นอกจากในส่วนรายละเอียดปลีกย่อยเพื่อความสะดวกสบายและเหมาะสมกับยุคสมัยเท่านั้น

กฎหมายอิสลามยังมีความแตกต่างจากกฎหมายอื่น ในแง่ของการเป็นกฎหมายที่ครอบคลุมบทบัญญัติทางกฎหมายและทางศาสนาอยู่ในตัว บทบัญญัติทางกฎหมายหมายถึงบทบัญญัติที่เกี่ยวกับหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติ (วาญิบ) และหน้าที่ที่ต้องงดเว้น (หะรอม)ส่วนบทบัญญัติทางศาสนา

---

[1] การผนวกสิ่งที่อนุมัติ “มุบาหฺ” เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายอิสลามนั้น นักปราชญ์กฎหมายอิสลามบางท่านให้เหตุผลว่า เนื่องจากมีสิ่งที่เป็น มุบาหฺ หลายประการในคัมภีร์อัลกุรอานถูกโองการไว้ในสำนวนที่มีลักษณะเป็นการสั่งการ จึงถือเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมาย อีกเหตุผลหนึ่ง คือ สืบเนื่องจากความจำเป็นที่จะต้องยึดมั่นว่า สิ่งดังกล่าวเป็นมุบาหฺ กล่าวคือ แม้ไม่มีการบังคับให้ต้องกระทำทางร่างกาย แต่มีการบังคับให้ต้องกระทำทางจิตใจ คือ ให้ยึดมั่นว่าสิ่งดังกล่าวเป็น มุบาหฺ (Al-Zuhaili, **Al-Fiqh al-Islamiwa Adil-latuh** 1, (Damascas: Dar al-Fikr), 1985 : 45).

หมายถึง บทบัญญัติเกี่ยวกับหน้าที่ที่ควรปฏิบัติที่เรียกว่า “มันดูบ” และหน้าที่ที่ควรงดเว้น เรียกว่า “มักรูฮฺ” อีกด้วย หน้าที่เหล่านี้หากมีการฝ่าฝืนไม่ต้องรับโทษและหากเชื่อฟังจะได้รับกุศลตอบแทนจากอัลลอฮฺในโลกหน้าอาคิเราะฮฺ และยังรวมถึงบทบัญญัติทางกฎหมายที่มีลักษณะเป็นมุบาหฺ ซึ่งมุสลิมมีอิสระที่จะเลือกระหว่างการปฏิบัติหรือไม่ก็ได้ โดยไม่ต้องรับโทษหรือรับกุศลบุญตอบแทนใดๆ ทั้งในโลกนี้และโลกหน้าอาคิเราะฮฺ แต่ถือว่าเป็นกฎหมาย เนื่องจากความจำเป็นที่จะต้องรู้และยึดมั่นว่าสิ่งดังกล่าวเป็นมุบาหฺ กล่าวคือ แม้ไม่มีการบังคับให้ต้องกระทำ แต่มีการบังคับให้ต้องรู้และยึดมั่นว่าสิ่งดังกล่าวเป็นมุบาหฺ[1]

2.2 ระบบกฎหมายอิสลาม

ในตำรากฎหมายทั่วไปมักจำแนกระบบกฎหมายออกเป็น 4 ระบบ คือ ระบบกฎหมายซีวิล-ลอว์ (Civil Law) ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ระบบกฎหมายสังคมนิยม (Socialist Law) และระบบกฎหมายศาสนาและประเพณีนิยม (Religious and Traditional Law) โดยจัดให้กฎหมายอิสลามรวมอยู่ในระบบกฎหมายศาสนาและประเพณีนิยม (Religious and Traditional Law)[2]แต่ในรายละเอียดกฎหมายอิสลามมีปรัชญาทางเศรษฐกิจ สังคม และการเมือง ตลอดจนประวัติศาสตร์ที่แตกต่างจากระบบกฎหมายศาสนาและประเพณีนิยมอื่นๆ อย่างชัดเจน ตำราทางกฎหมายอิสลาม จึงได้จำแนกระบบกฎหมายออกเป็น 2 ระบบ คือ ระบบกฎหมายพระเจ้ากับระบบกฎหมายมนุษย์ หรือระบบกฎหมายโลกที่มนุษย์เป็นผู้กำหนดขึ้น การกำหนดให้กฎหมายอิสลามรวมอยู่ในระบบกฎหมายศาสนาและประเพณีนิยมนั้น ทำให้กฎหมายอิสลามถูกจัดรวมอยู่ในกลุ่มกฎหมายฮินดู หรือกฎหมายที่เกิดขึ้นและพัฒนามาจากคำสอนในทางศาสนาในขณะที่กฎหมายอิสลามเป็นระบบกฎหมายแห่งพระเจ้า มีระบบของตนเองเป็นเอกลักษณ์เฉพาะที่แตกต่างจากกฎหมายอื่น ๆ ดังจะกล่าวโดยสังเขปต่อไปนี้

2.2.1กฎหมายอิสลามเป็นบทบัญญัติแห่งอัลลอฮฺ

กฎหมายอิสลามเป็นบทบัญญัติแห่งอัลลอฮฺ ดังปรากฏเป็นโองการต่าง ๆ แห่งอัลกุรอาน และวิถีปฏิบัติของท่านนบีมุฮัมมัดﷺ รวมทั้งข้อวิเคราะห์วินิจฉัยของปวงปราชญ์ แม้ว่าบรรดานักปราชญ์จะมิใช่ผู้บัญญัติกฎหมายอิสลาม หากเป็นเพียงผู้ทำการวิเคราะห์วินิจฉัยเหตุการณ์

---

[1] Al-Zuhaili, **Al-Fiqh al-Islamiwa Adillatuh** 1, 35-46.

[2] ธานินทร์ กรัยวิเชียร, **ลัทธิแลวิธีการคอมมิวนิสต์**, (กรุงเทพมหานคร: กรมวิชาการ กระทรวงศึกษาธิการ) , 2520: 6; กำธร กำประเสริฐ, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทยและกฎหมายหลัก (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง), 2543: 28; นัยนา เกิดวิชัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 4, (นครปฐม: นิตินัย), 2543 : 42-52.

ต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นในแต่ละยุคสมัยกับตัวบทอัลกุรอานและสุนนะฮฺหรือแหล่งที่มา (บ่อเกิด)อื่นๆ เช่นอัลอิจญมาอฺ อัลกิยาสอัลอิสติหฺซาน และอัลอุรฟฺเท่านั้น[1]กฎหมายอิสลามจึงมีโครงสร้างที่ชัดเจนมีลายลักษณ์อักษร และมีความเป็นเอกภาพบนพื้นฐานแห่งคัมภีร์อัลกุรอานซึ่งได้ถูกบัญญัติมาตั้งแต่ยุคของท่านนบีมุฮัมมัดﷺ อัลลอฮฺ ตรัสไว้ความว่า **“วันนี้เราได้ทำให้ศาสนาของพวกเจ้าบริบูรณ์แก่พวกเจ้าแล้ว และเราได้ให้ความโปรดปรานของเราครบถ้วนแก่เจ้าทั้งหลาย และเราได้ยินยอมให้อิสลามเป็นศาสนาสำหรับพวกเจ้า”**[2]

รัฏฐาธิปัตย์ในรัฐอิสลามจึงมีหน้าที่เพียงดำเนินการให้เป็นไปตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายแห่งพระเจ้าเท่านั้น จะนำกฎหมายอื่นที่ผิดแผกแตกต่างมาใช้บังคับมิได้ และไม่มีอำนาจบัญญัติกฎหมายใดขึ้นใช้บังคับนอกจากกฎหมายประกอบปลีกย่อยที่อยู่ภายใต้กรอบแห่งเจตนารมณ์ของบทบัญญัติแห่งอัลลอฮฺที่ประทานลงมา เท่านั้น[3]

2.2.2 กฎหมายอิสลามมุ่งเน้นการควบคุมพฤติกรรมของมนุษย์

บทบัญญัติแห่งกฎหมายอิสลามเป็นบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับพฤติกรรมของมนุษย์ ดังปรากฏในนิยามที่ได้กล่าวมาข้างต้นว่ากฎหมายอิสลาม **“...ครอบคลุมทุกส่วนที่เกี่ยวข้องกับการประพฤติปฏิบัติของบุคคล...”** หมายถึง พฤติกรรมทางกายและในขณะเดียวกันครอบคลุมพฤติ-กรรมทางจิตใจ เช่น ต้องมีเจตนาหรือเหนียตในการกระทำต่าง ๆ ทั้งในการประกอบศาสนกิจ การประกอบสัมมาอาชีพ หรือแม้กระทั่งในการกระทำความผิดต่าง ๆ ทั้งความผิดในทางแพ่งและทางอาญา ทั้งความผิดที่ได้กระทำต่อตนเองและต่อผู้อื่นแต่ไม่รวมถึงบทบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวกับหลักศรัทธาหรือหลักจริยธรรมแม้เป็นส่วนหนึ่งของหลักศาสนาอิสลามและเป็นส่วนที่สำคัญยิ่งก็ตาม[4]

2.2.3 กฎหมายอิสลามมุ่งสร้างประโยชน์สุขแก่มวลมนุษย์ทั้งในลักษณะปัจเจกและสังคม

กฎหมายอิสลามทั้งในส่วนสารบัญญัติและวิธีสบัญญัติมิได้บัญญัติขึ้นโดยบุคคลใดหรือคณะบุคคลใด แต่เป็นกฎหมายที่ประทานมาจากอัลลอฮฺและมุ่งสร้างประโยชน์สุขแก่ปวงบ่าวของพระองค์ทั้งโดยลักษณะปัจเจกบุคคลและสังคม กฎหมายอิสลามจึงเป็นกฎหมายที่สอดแทรกด้วยหลักคุณธรรมจริยธรรมอย่างลึกซึ้ง แม้โดยทั่วไป หลักคุณธรรมจริยธรรมไม่ถือเป็นกฎหมาย

---

1 Al-Maghribi, **Al-Madkhal li Dirasah al-Fiqh al-Islami,** (Cairo : Dar al-Thaqafah al-‘Arabiah), 1999; Al-Zuhaili, **Al-Fiqh al-Islamiwa Adillatuh** 1, 1985; Abd al-Jawwad, **Usul al-Qanoon Muqaranah bi Usul al-Fiqh**, (Alexandria: Mansha-ah al-Ma-‘arif), 1991.

2 ความหมายของอัลกุรอาน, อัลมาอิดะฮ์: 3.

3 Audah, **al-Tashr’i al-Jina-i al-Islami**, (Beirut: Dar al-Turath al-‘Arabi) n.d , 43.

4 Al-Zuhaili, **Al-Fiqh al-Islamiwa Adillatuh** 1, 17.

แต่กฎหมายอิสลามก็ผูกพันกับหลักคุณธรรมจริยธรรมอย่างแนบแน่น ถูกบัญญัติขึ้นบนพื้นฐานแห่งความคิดและอุดมการณ์ทางศาสนาที่เปี่ยมด้วยคุณค่าทางจริยธรรม ดังจะเห็นได้จาก บทบัญญัติต่างๆ ในอิสลาม อาทิบทบัญญัติว่าด้วยศาสนกิจที่มุ่งขัดเกลาจิตใจให้สะอาดบริสุทธิ์ บทบัญญัติห้ามกินดอกเบี้ย ที่มุ่งขจัดการเอารัดเอาเปรียบแผ่ขยายวิญญาณแห่งความรักและความเอื้ออารีต่อกัน บทบัญญัติว่าด้วยการห้ามดื่มน้ำเมา ก็มีความมุ่งหมายเพื่อพิทักษ์รักษาสติปัญญาของมนุษย์ ตลอดจนบทบัญญัติในส่วนที่ส่งเสริมให้บุคคลประพฤติปฏิบัติในสิ่งที่เป็นคุณงามความดี โดยจะได้รับกุศลบุญตอบแทนอันยิ่งใหญ่จากอัลลอฮฺ เป็นบทบัญญัติที่มีนัยทางศาสนาสอดแทรกอยู่ในตัว เมื่อทุกคนยึดมั่นอยู่ในหลักการศาสนา มีคุณธรรมและจริยธรรมผสมผสานควบคู่ไปกับการดำเนินงานต่างๆ ด้วยความบริสุทธิ์ใจแล้ว คุณประโยชน์ทั้งหลายก็ย่อมได้แก่ตนเองและสังคมส่วนรวม[1] นั่นคือเป้าหมายสูงสุดของกฎหมายอิสลาม ที่มุ่งหวังให้เกิดประโยชน์สุขแก่มนุษยชาติโดยแท้จริงทั้งในปัจจุบันและอนาคตอันยาวไกลสู่โลกอาคิเราะฮฺ

2.2.4 กฎหมายอิสลามบังคับใช้ทั่วไปไม่เฉพาะบุคคลหรือกลุ่มบุคคล

โดยระบบของกฎหมายอิสลามเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับทั่วไป หมายถึงใช้บังคับกับบุคคลทุกคนโดยเสมอภาค ไม่แบ่งชั้นวรรณะ ดังจะเห็นได้อย่างชัดเจนจากบทบัญญัติแห่งอัลกุรอานที่ขึ้นต้นด้วยคำว่า “มวลมนุษย์” “มวลผู้ศรัทธา” หรือ “บรรดาผู้สวามิภักดิ์”[2] และท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ ถูกส่งมายังมนุษยชาติทั้งหลายไม่เฉพาะแต่ชาวอาหรับหรือชาวมุสลิมเท่านั้นแต่ยังรวมถึงมนุษยชาติทั้งมวลดังปรากฏในอัลกุรอาน ความว่า

“และเรามิได้ส่งเจ้ามาเพื่ออื่นใด เว้นแต่เป็นผู้แจ้งข่าวดีและเป็นผู้ตักเตือนแก่มนุษย์ทั้งหลาย แต่ว่ามนุษย์ส่วนมากไม่รู้”[3]

บทบัญญัติที่ถูกกำหนดขึ้นเพื่อประโยชน์สุขของมวลมนุษยชาตินั้น ย่อมไม่จำกัดเฉพาะกลุ่มบุคคลหรือเฉพาะเหตุการณ์ มิฉะนั้นก็มิอาจแผ่คลุมมวลมนุษยชาติได้ กฎหมายอิสลามจึงครอบคลุมโดยไม่แบ่งแยกว่าเป็นคนเชื้อชาติใด สีผิวใด หรือเพศใด อย่างไรก็ดี บางเรื่องที่เป็นบทบัญญัติเฉพาะบุคคลบางกลุ่มบางประเภท เช่น ข้อบัญญัติต่าง ๆ สำหรับผู้เดินทาง ผู้ป่วย เด็กหรือสตรี เป็นต้น หรือเพื่อเป็นภาระหน้าที่รับผิดชอบ เช่น การบริจาคทานซะกาตสำหรับผู้มั่งมี การประกอบพิธีฮัจญ์สำหรับผู้มีความสามารถ กรณีเช่นนี้ก็หาได้ออกนอกความหมายของบทบัญญัติที่ใช้บังคับทั่วไปไม่ เพราะมิได้เจาะจงการใช้บังคับแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่ง หรือเหตุการณ์ใด

---

1 Al-Zuhaili, **Al-Fiqh al-Islamiwa Adillatuh** 1, 25-26.

2 Audah, op. cit., 26.

3 ความหมายอัลกุรอาน, อัสสะบะอฺ: 28.

เหตุการณ์หนึ่ง แต่กำหนดให้มีผลบังคับตามลักษณะคุณสมบัติหรือสถานะของบุคคล ทั้งนี้ ยกเว้นในบางกรณีที่มีบทบัญญัติกำหนดไว้โดยเฉพาะว่าเป็นเอกสิทธิ์ของท่านนบี เช่น การถือศีลอดติดต่อกันหลายวัน เป็นต้น

2.2.5 กฎหมายอิสลามมีบทลงโทษทั้งในโลกนี้และโลกอาคิเราะฮฺ

ในระบบกฎหมายอิสลามมีผลบังคับทางศาสนาและทางกฎหมายหรือทางศาลโดยมีการกำหนดบทลงโทษที่มีลักษณะคล้ายคลึงกับในกฎหมายบ้านเมือง เมื่อมีการฝ่าฝืนจะต้องถูกลงโทษ แต่เนื่องจากกฎหมายอิสลามในความหมายโดยรวมหมายถึงลักษณะที่เป็นทั้งกฎหมายและศาสนาอยู่ในตัว ทำให้ลักษณะของการลงโทษแตกต่างกันออกไป กล่าวคือ นอกจากจะมีบทลงโทษเมื่อฝ่าฝืนแล้วหากปฏิบัติตามก็จะได้รับกุศลบุญตอบแทนด้วย และโทษหรือสภาพบังคับสำหรับความผิดต่างๆ มีทั้งโทษในโลกนี้และโทษโลกหน้า โดยในโลกนี้เป็นหน้าที่ของผู้ปกครอง ผู้นำหรือศาลที่จะต้องดำเนินการลงโทษในความผิดที่สามารถพิสูจน์ได้ด้วยพยานหลักฐาน เช่น ลักทรัพย์ ปล้นสะดม ผิดประเวณี และอื่นๆ ซึ่งถ้าหากผู้กระทำผิดได้รับโทษในโลกนี้แล้วก็จะไม่ต้องถูกลงโทษอีกในความผิดเดียวกันในโลกหน้า และสำหรับความผิดที่ซ่อนเร้นยากแก่การพิสูจน์สอบสวน เช่น การอิจฉาริษยา การนินทาว่าร้ายผู้อื่นอัลลอฮฺจะทรงสอบสวนและลงโทษผู้ประพฤติชั่วเหล่านั้นด้วยกระบวนการของพระองค์เองในโลกอาคิเราะฮฺ[1]

ดังนั้น ความผิดทุกประเภทที่บุคคลได้กระทำการฝ่าฝืนกฎหมายอิสลาม ผู้กระทำจะต้องได้รับการลงโทษอย่างแน่นอน แม้จะหลบเลี่ยงรอดพ้นในโลกนี้แต่ในโลกหน้าอาคิเราะฮฺก็จะไม่สามารถหลีกเลี่ยงการพิสูจน์สอบสวนและการรับโทษทัณฑ์จากพระเจ้า

2.2.6 กฎหมายอิสลามมีความเหมาะสมในทุกยุคทุกสมัยชั่วนิรันดร์

กฎหมายอิสลามถูกวางระบบให้มีความสมบูรณ์ชั่วนิรันดร์ เนื่องจากท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ เป็นนบีท่านสุดท้ายของบรรดานบีและศาสนทูตแห่งอัลลอฮฺกฎหมายอิสลามในยุคสมัยของท่านมุฮัมมัด ﷺ จึงถูกบัญญัติให้มีความเหมาะสมในทุกยุคสมัยและทุกแห่งหนตราบจนถึงวันสิ้นโลก หมายถึงเหมาะสมที่จะนำไปใช้กับมนุษย์ทุกคนในทุกสังคมและทุกพื้นที่เป็นกฎหมายที่ไม่รู้จักล้าหลัง ทั้งนี้เพราะมีหลักกฎหมายที่มีความสมบูรณ์และความยืดหยุ่นอย่างสูงยิ่ง กล่าวคือกฎหมายอิสลามประกอบด้วยบทบัญญัติที่เป็นหลักเกณฑ์แน่นอน ไม่มีการเปลี่ยนแปลงและบทบัญญัติที่สามารถปรับเปลี่ยนได้ตามความเหมาะสม

---

1 Abd al-Jawwad, op.cit., 35-38.; Al-Zuhaili, **Al-Fiqh al-Islamiwa Adillatuh** 1, 17.

บทบัญญัติที่แน่นอนตายตัวนั้น ได้แก่บทบัญญัติที่เป็นหลักทั่วไป ซึ่งจำเป็นต่อการจัดระเบียบแบบแผนทั้งในระดับปัจเจกบุคคลและสังคมโดยไม่มีการเปลี่ยนแปลงไปตามกาลเวลา อาทิ หลักความสมัครใจในการทำนิติกรรม หลักการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเมื่อมีการละเมิด หลักการให้ความคุ้มครองสิทธิและและความเสมอภาคแก่บุคคล และอื่น ๆ ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ระบุไว้อย่างชัดเจนในคัมภีร์อัลกุรอานและในสุนนะฮฺ ส่วนบทบัญญัติที่มิได้ระบุไว้อย่างชัดเจนดังกล่าว แต่เป็นบทบัญญัติที่ได้มาจากการวิเคราะห์วินิจฉัยโดยอาศัยหลักทฤษฎีทางนิติศาสตร์ เช่น หลักการอนุมานหรือการกิยาส หลักการคำนึงผลประโยชน์สาธารณะที่ไม่ขัดหรือแย้งกับตัวบทหรืออัลมะศอลิหฺมุรสะละฮฺ หลักอิสติหฺซาน และหลักจารีตประเพณีหรืออัลอุรฟฺเป็นต้น บทบัญญัติทั้งหลายที่ได้มาจากการวินิจฉัยโดยอาศัยหลักทฤษฎีเหล่านี้ สามารถเปลี่ยนแปลงได้ตามกาลเวลาและความเหมาะสม ตราบเท่าที่ยังตั้งอยู่บนพื้นฐานแห่งความถูกต้องและไม่ออกนอกเจตนารมณ์อิสลาม แต่ทั้งนี้หมายถึงเฉพาะบทบัญญัติประเภทธุรกรรมหรือบทบัญญัติในภาคมุอามะลาตเท่านั้น ไม่รวมถึงประเภทหลักศรัทธาหรือหลักอะกีดะฮฺและเรื่องศาสนพิธีหรืออิบาดะฮฺซึ่งไม่มีการเปลี่ยนแปลงและไม่อาจได้มาโดยการวินิจฉัย[1]

2.2.7 กฎหมายอิสลามเป็นบทบัญญัติที่มีลักษณะความเป็นสากล

ระบบกฎหมายอิสลามมีลักษณะความเป็นสากล กล่าวคือ เป็นกฎหมายที่สามารถปรับใช้กับมนุษยชาติทุกยุคทุกสมัยทั่วโลก แม้จะถูกประทานลงมาเป็นภาษาอาหรับ ณ คาบสมุทรอาหรับก็ตาม เพราะนั่นเป็นเพียงจุดเริ่มต้นเพื่อแผ่ขยายไปสู่ทุกส่วนของโลกในเวลาต่อมาตราบจนปัจจุบัน กฎหมายอิสลามทั้งในแง่ของหลักการที่มุ่งเน้นความเสมอภาคและเสรีภาพของมนุษย์โดยไม่แบ่งแยกสีผิวหรือเชื้อชาติ ในแง่ของตัวบทที่ระบุถึงการเป็นกฎหมายสำหรับมนุษยชาติไม่ใช่ของชนกลุ่มหนึ่งกลุ่มใด และในแง่ของความเป็นจริงที่มีมุสลิมกระจายอยู่ทั่วโลกในปัจจุบัน และมีการนำกฎหมายอิสลามไปใช้ในทางกฎหมายหรือทางศาลและในทางศาสนาเป็นวิถีชีวิต ย่อมเป็นเครื่องบ่งชี้อยู่ในตัวถึงเอกลักษณ์ของความเป็นสากล[2]

2.3 แหล่งที่มาหรือบ่อเกิดของกฎหมายอิสลาม

กฎหมายอิสลามมีคัมภีร์อัลกุรอานเป็นแหล่งที่มา (บ่อเกิด) ที่สำคัญสูงสุด รองลงมาได้แก่สุนนะฮฺ นอกจากนั้น อิจญ์มาอฺและกิยาส บรรดานักปราชญ์ทางนิติศาสตร์อิสลามส่วนใหญ่ยอมรับตรงกันว่า เป็นแหล่งที่มา (บ่อเกิด) ของกฎหมายอิสลามด้วยเช่นเดียวกัน ส่วนแหล่งที่มา (บ่อเกิด) อื่น ๆ เช่น อัลอิสติหฺซาน อัลมะศอลิหฺอัลมุรสะละฮฺ อัลอุรฟฺ อัลอิสติศหาบ และอัสสัดดุซซะรออิอฺ

---

[1] Al-Maghribi, op.cit., 39-41; Al-Zuhaili, **Usul al-Fiqh al-Islami** 1, 23-25

[2] Al-Maghribi, Ibid., 42-45

บรรดานักปราชญ์ทางนิติศาสตร์อิสลามมีความเห็นแตกต่างกันในการยึดถือเป็นแหล่งที่มา (บ่อเกิด)[1] กล่าวโดยสังเขป ดังนี้

2.3.1 คัมภีร์อัลกุรอาน

คัมภีร์อัลกุรอานเป็นคัมภีร์แห่งอัลลอฮฺ ที่ทรงประทานแก่ท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ เพื่อประกาศไปยังมวลมนุษย์ในยุคสมัยของท่าน และมีการรายงานสืบต่อกันมา ตราบจนกระทั่งถึงปัจจุบันอย่างสอดคล้องต้องกันโดยไม่ขาดสายของคนหมู่มาก ในระดับที่ปราศจากความคลางแคลงสงสัย และการอ่านอัลกุรอานทุกอักษร ถือเป็นการปฏิบัติศาสนกิจที่จะได้รับกุศลบุญตอบแทน[2] แตกต่างจากการอ่านหนังสือหรือตำราอื่นใด

คัมภีร์อัลกุรอาน เป็นปฐมหลักฐานที่มีความสำคัญที่สุดในการบัญญัติกฎหมายอิสลาม เพราะเป็นคัมภีร์ที่ประทานมาจากพระเจ้า เหตุที่เชื่อว่าประทานมาจากพระเจ้า เนื่องจากมีความมหัศจรรย์และมีสิ่งท้าทายต่างๆ ปรากฏอยู่ในนั้นมากมาย ตั้งแต่ในอดีตกระทั่งปัจจุบัน และต่อไปในอนาคต ซึ่งเป็นสิ่งที่อยู่เหนือวิสัยของมนุษย์ เมื่อประจักษ์แน่ชัดว่าอัลกุรอาน ทั้งถ้อยคำสำนวนและความหมาย รวมไปถึงแนวคิดทั้งหลายมิได้เกิดจากการประดิษฐ์คิดค้นของบุคคลใดแม้แต่ท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ ทั้งหมดนั้นล้วนประทานมาจากพระเจ้า ผู้ทรงสร้างมนุษย์และจักรวาลทั้งหลาย บรรดานักปราชญ์มุสลิม จึงเห็นพ้องกันว่า มนุษย์มีความจำเป็นที่จะต้องยึดถือและปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัด กล่าวคือในการจัดทำตัวบทกฎหมายหรือการพิพากษาเรื่องใด จะต้องยึดโองการแห่งอัลกุรอานเป็นสำคัญ[3] ยกเว้นในกรณีที่ไม่มีโองการใดระบุไว้โดยตรง เช่นนี้ ย่อมเป็นที่อนุมัติโดยปริยายว่าให้ใช้หลักฐานอื่นในลำดับรองลงมา อันได้แก่ สุนนะฮฺของท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ

2.3.2 สุนนะฮฺของท่านนบี

สุนนะฮฺของท่านนบี หมายถึง “ทุกสิ่งที่มาจากท่านนบีมุฮัมมัด” ﷺ ทั้งคำพูด การกระทำ และการยอมรับของท่าน”[4] บรรดานักปราชญ์ทางกฎหมายอิสลามส่วนใหญ่ มีความเห็นว่า สุนนะฮฺ เป็นแหล่งที่มา (บ่อเกิด)ประการหนึ่งของกฎหมายอิสลาม และเป็นแหล่งที่มา (บ่อเกิด)

---

1 Al-Zuhaili, **Usul al-Fiqh al-Islami** 1, 415-940; Qattan, op.cit., 39-81; Wizarah al-Auqaf, op.cit,; Khallaf, **Ilm Usul al-Fiqhwa Khulasah Tarikh al-Tashri' Islami**, (Al-Kuwait: Dar al-Qalam), 1375: 13-17, 33-35, 65-68; Abd al-Jawad op. cit., 22-29; Al-Dusuqi and al-Jabir, op. cit., 259-262; อิสมาแอ อาลี, **อุศูลุลฟิกฮฺ**, พิมพ์ครั้งที่ 2, (ปัตตานี : มิตรภาพ), 2552: 31-97.

2 Al-Zuhaili, **Usul al-Fiqh al-Islami** 1, 420– 421.

3 Al-Zuhaili, **Usul al-Fiqh al-Islami** 1, 431.

4 Qattan, op. cit., 72.

สำคัญลำดับรองจากอัลกุรอาน ทั้งนี้เพราะสุนนะฮฺโดยเนื้อหาแล้ว ก็คือวะหฺยูหรือวิวรณ์จากอัลลอฮฺ พระองค์ตรัสไว้ ความว่า

“และเขามิได้พูดตามอารมณ์ สิ่งที่เขาพูดนั้นมิใช่อื่นใดนอกจากเป็นวะห์ยู ที่ประทานลงมา”[1]

นอกจากนั้น มีหลักฐานอื่น ๆ ที่แสดงถึงความจำเป็นต้องปฏิบัติตามสุนนะฮฺ ทั้งเป็นหลักฐานจากอัลกุรอาน อัลหะดีษ และแนวทางการปฏิบัติของเหล่าเศาะฮาบะฮฺ ที่เมื่อมีปัญหาข้อขัดแย้งเกิดขึ้น พวกเขาก็จะพยายามค้นหาข้อชี้ขาดตัดสินจากคัมภีร์อัลกุรอาน และหากไม่พบในคัมภีร์อัลกุรอาน ก็จะค้นหาในสุนนะฮฺ เมื่อพบในสุนนะฮฺเช่นใดก็จะยุติปัญหาข้อขัดแย้งตามนั้น แต่หากไม่พบในสุนนะฮฺพวกเขาจะจัดประชุมปรึกษา (ชูรอ) เพื่อหามติเอกฉันท์ที่ทุกคนเห็นตรงกันโดยปราศจากเสียงคัดค้าน มติเอกฉันท์จึงถือเป็นแหล่งที่มา (บ่อเกิด) อีกแหล่งหนึ่งในระบบกฎหมายอิสลาม หลังจากอัลกุรอานและสุนนะฮฺ

2.3.3 มติเอกฉันท์ (อิจญ์มาอฺ)

มติเอกฉันท์ หรือ อิจญ์มาอฺ ตามคำนิยามของบรรดานักปราชญ์มุสลิมส่วนใหญ่ หมายถึง ความเห็นที่สอดคล้องต้องกันของบรรดานักปราชญ์จากประชาชาติของท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ ผู้เปี่ยมด้วยความรู้และคุณสมบัติที่สามารถทำการวิเคราะห์วินิจฉัย (มุจญ์ตะฮิด) เพื่อกำหนดบทบัญญัติเรื่องหนึ่งเรื่องใด ในยุคหนึ่งยุคใด ภายหลังจากที่ท่านนบีมุฮัมมัดﷺ ได้จากไปแล้ว[2] กล่าวคือ หากมีปัญหาทางกฎหมายเกิดขึ้นภายหลังจากที่ท่านศาสนทูตเสียชีวิตไปแล้ว และปัญหาดังกล่าวไม่ปรากฏในอัลกุรอานและสุนนะฮฺบรรดานักปราชญ์กฎหมายอิสลามก็จะทำการวิเคราะห์วินิจฉัยเพื่อค้นหาข้อชี้ขาดตัดสินต่อปัญหานั้น ๆ บางครั้งผลของการวิเคราะห์วินิจฉัยแตกต่างกัน และบางครั้งสอดคล้องต้องกัน ผลของการวิเคราะห์วินิจฉัยที่สอดคล้องต้องกันนี้เรียกว่า “อิจญ์มาอฺ” หรือมติเอกฉันท์ เช่น ผลของการวิเคราะห์วินิจฉัยเกี่ยวกับสิทธิในการรับมรดกของ “ยาย” ซึ่งไม่มีการกล่าวถึงไว้ในคัมภีร์กุรอานหรือในมีบรรทัดฐานในสุนนะฮฺและเหล่าปราชญ์ได้ร่วมกันลงความเห็นพ้องต้องกันว่า “ยายมีสิทธิรับมรดกได้ในกรณีที่ผู้ตายไม่มีมารดาที่ยังมีชีวิตอยู่”

ด้วยเหตุนี้ บรรดานักปราชญ์กฎหมายอิสลามส่วนใหญ่ยอมรับว่ามติเอกฉันท์หรืออิจญ์มาอฺเป็นแหล่งที่มา (บ่อเกิด) ของกฎหมายอิสลามโดยอ้างหลักฐานและเหตุผลสนับสนุนหลายประการ ทั้งจากอัลกุรอาน สุนนะฮฺ และเหตุผลทางปัญญา[3] แต่มีนักปราชญ์บางท่านจากกลุ่มมุอฺตะซิละฮฺ ปฏิเสธการยึดถือมติเอกฉันท์เป็นแหล่งที่มา (บ่อเกิด) โดยอ้างหลักฐานทั้งจากอัลกุรอาน สุน

---

[1] ความหมายอัลกุรอาน, อันนัจม์ : 3-4.

[2] Al-Zuhaili, **Usul al-Fiqh al-Islami** 1, 490.

[3] อิสมาแอ อาลี, **อุศูลุลฟิกฮฺ**, 70-73.

นะฮฺ และเหตุผลทางปัญญาว่าเป็นสิ่งที่เป็นไปไม่ได้ กล่าวคือไม่อาจเกิดขึ้นได้ในทางปฏิบัติ[1] แต่ทว่าคำกล่าวอ้างนี้ไม่สามารถลบล้างเหตุผลของนักปราชญ์ส่วนใหญ่ ที่ยอมรับว่าอิจญ์มาอ เป็นแหล่งที่มา (บ่อเกิด)หนึ่งแม้ว่าจะเกิดขึ้นได้ยาก เพราะความจริงอิจญ์มาอฺได้เกิดขึ้นอย่างเป็นรูปธรรมแล้ว

2.3.4 หลักการเทียบเคียง (กิยาส)

หลักการเทียบเคียงหรือการกิยาสเป็นแหล่งที่มา (บ่อเกิด) ของกฎหมายอิสลามลำดับที่สี่ถัดจาก “อิจญ์มาอฺ” นักปราชญ์ส่วนใหญ่จากมัซฮับชาฟิอีย์กล่าวว่า กิยาส หมายถึง การผนวกหุกมฺของสิ่งที่ไม่มีตัวบทกำหนดไว้กับหุกมฺของสิ่งที่มีตัวบทกำหนดไว้ เมื่อปรากฏว่าเหตุผลในการกำหนดบทบัญญัติซึ่งเรียกในภาษาอาหรับว่า “อิลละฮฺ” เป็นอย่างเดียวกัน[2]

การกิยาส แม้ว่าจะอยู่ในลำดับที่สี่แต่ในทางปฏิบัติแล้วมีบทบาทสำคัญยิ่งในการกำหนดข้อบัญญัติกฎหมายอิสลาม อาจสำคัญยิ่งกว่าการ “อิจญ์มาอฺ” ทั้งนี้ เพราะการบัญญัติกฎหมายด้วยการอิจญ์มาอฺนั้นมีข้อจำกัดอยู่มากและมีเงื่อนไขหลายประการที่ทำให้เกิดขึ้นได้ยากหรืออาจเกิดขึ้นไม่ได้ในยุคหลัง ต่างกับการกิยาสซึ่งไม่มีเงื่อนไขมากนัก บรรดานักปราชญ์กฎหมายอิสลามหรือมุจญ์ตะฮิดแต่ละท่านสามารถทำการกิยาสได้ เมื่อไม่ปรากฏตัวบทอัลกุรอาน สุนนะฮฺ หรืออิจญ์มาอฺ ระบุไว้โดยตรง

นอกจากนั้น แหล่งที่มา (บ่อเกิด) ของกฎหมายอิสลามอีกหลายประการ ที่บรรดานักปราชญ์กฎหมายอิสลามมีทัศนะแตกต่างกัน กล่าวคือ นักปราชญ์ส่วนหนึ่งมีความเห็นว่าเป็นหลักฐานที่มาของกฎหมายอิสลาม ในขณะที่อีกส่วนหนึ่งมีความเห็นในทางตรงกันข้าม แหล่งที่มา (บ่อเกิด) ดังกล่าวนั้นได้แก่ อัลอิสติหฺซาน อัลมะศอลิหฺอัลมุรสะละฮฺ อัลอุรฟฺ อัลอิสติศหาบ และทัศนะของเศาะหาบีย์[3] ดังจะกล่าวโดยสังเขปต่อไปนี้

2.3.5 หลักวิจารณญาณ (อัลอิสติหฺซาน)

อัลอิสติหฺซานหรือหลักวิจารณญาณหมายถึง “การเปลี่ยนจากบทบัญญัติที่คล้ายคลึงกันของปัญหาไปสู่การใช้บทบัญญัติอื่นที่แตกต่างเพราะมีเหตุผลที่หนักแน่นกว่า” หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ การเปลี่ยนจากการใช้หลักการกิยาส ซึ่งเป็นหลักทั่วไปสู่การใช้บทบัญญัติอื่นที่แตกต่าง

---

1 Al-Zuhaili, **Usul al-Fiqh al-Islami** 1,490.

2 Al-Zuhaili, **Usul al-Fiqh al-Islami** 1, 602.

3 Al-Zuhaili, **Usul al-Fiqh al-Islami** 1, 725-940; Qattan op. cit., 58-81; Wizarah al-Auqaf, op. cit.; Khallaf, **IlmUsul al-Fiqhwa Khulasah Tarikh al-Tashri’ Islami**, 65-68; อิสมาแอ อาลี, **อุศูลุลฟิกฮฺ** หน้า 98-129.

จากหลักการกิยาสดังกล่าว เพราะเป็นเหตุเป็นผลมากกว่า หรือเพราะความจำเป็นเพื่อผลประโยชน์ต่อสังคม[1] เช่น การอนุมัติการซื้อขายประเภทสะลัม คือ การทำสัญญาซื้อขายกันในขณะที่ยังไม่มีตัวสินค้า โดยหลักทั่วไปเป็นสิ่งต้องห้าม แต่เพื่อประโยชน์ของผู้ซื้อและผู้ขายตลอดจนสังคมส่วนรวมจึงเป็นที่อนุมัติในอิสลาม ซึ่งเป็นการอนุมัติบนพื้นฐานของหลักอัลอิสติหฺซาน บรรดานักปราชญ์ที่ยอมรับหลักอัลอิสติหฺซานเป็นแหล่งที่มา (บ่อเกิด) ของกฎหมายอิสลาม ได้แก่ นักปราชญ์มัซฮับหะนะฟีย์ และนักปราชญ์มัซฮับหันบะลีย์ และนักปราชญ์ที่ปฏิเสธการใช้หลักอัลอิสติหฺซาน ได้แก่นักปราชญ์มัซฮับชาฟีอีย์ โดยให้เหตุผลว่า การบัญญัติกฎหมายโดยใช้หลักอัลอิสติหฺซานเป็นการบัญญัติกฎหมายโดยใช้ความคิดเห็นที่ไม่มีกฎเกณฑ์แน่นอน และมีคำกล่าวที่แพร่หลายในมัซฮับชาฟีอีย์ว่า "ผู้ใดใช้หลักการอิซติหฺซาน แท้แล้วเขาได้กำหนดศาสนบัญญัติขึ้นมาเอง" อิมามชาฟีอีย์กล่าวว่า "อิสติหฺซานเป็นโมฆะ"[2] เพราะอิสติหฺซานวางอยู่บนหลักแห่งปัญญาเท่านั้น การอนุญาตให้ใช้หลักอิสติหฺซาน ย่อมเป็นที่อนุมัติให้กับทุกคนทั้งผู้รู้และผู้โง่เขลาสามารถบัญญัติศาสนาขึ้นสำหรับตนเองได้ และท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ มิได้อธิบายปัญหาทางศาสนาด้วยการใช้ปัญญา หากท่านรอคอยวิวรณ์จากพระเจ้า

นักปราชญ์สาขาวิชาอุศูลุ้ลฟิกฮฺหลายท่าน เช่น อิบนุอัลหายิบ อัลอามิดีย์ อิบนุอัสสุบกีย์ อัลอิสนะวีย์ และอัชเชากานีย์ ได้ศึกษาวิเคราะห์เกี่ยวกับความขัดแย้งในเรื่องนี้ สรุปว่าเป็นเพียงการขัดแย้งเรื่องถ้อยคำ มิใช่เนื้อหา เพราะมิได้ขัดแย้งในประเด็นการใช้หลักอิสติหฺซานหากเป็นประเด็นการพิจารณาจารีตประเพณี และประโยชน์สาธารณะ ว่าสามารถจะนำไปใช้ในการจำกัดหลักฐานทั่วไปได้หรือไม่ ประเด็นที่อิมามอัชชาฟีอีย์ประเสธนั้น เป็นกรณีการใช้หลักอิสติหฺซานที่ตั้งอยู่บนหลักแห่งปัญญาอย่างเดียวโดยปราศจากหลักฐานใด ๆ ทางศาสนามาสนับสนุน ซึ่งการใช้หลักอิสติหฺซานเช่นนี้ มิใช่วิธีการใช้หลักอิสติหฺซานของบรรดานักปราชญ์มัซฮับต่าง ๆ ดังนั้น โดยเนื้อหาแล้ว นักปราชญ์มัซฮับชาฟีอีย์จึงมีความเห็นที่ไม่แตกต่างจากมัซฮับอื่น ดังที่ท่านก๊อฟฟาล ซึ่งเป็นนักปราชญ์จากมัซฮับชาฟีอีย์ กล่าวว่า "หากอิสติหฺซานหมายถึงสิ่งหรือความหมายที่ประมวลมาจากรากฐานต่าง ๆ ทางศาสนาแล้ว ย่อมเป็นสิ่งที่สมควรนำมาเป็นหลักฐานได้ และเราจะไม่ปฏิเสธมัน"[3] การใช้หลักอิสติหฺซานในกฎหมายอิสลามโดยเนื้อหาแล้วจึงมีลักษณะคล้ายคลึงกับกรณีการตีความกฎหมายตามเจตนารมณ์ หรือการใช้หลักกฎหมายทั่วไปในระบบกฎหมายอื่น ๆ ซึ่งเป็นที่ยอมรับในแวดวงนักกฎหมายทั่วไป

---

1 Al-Zuhaili, **Usul al-Fiqh al-Islami** 1, 737-739.

2 Al-Shafi-'i, **Al-Umm 9**, (Al-mansurah: Dar al-Wafaa), 2001, 67.

3 Al-Zuhaili, **Usul al-Fiqh al-Islami** 1, 750.

2.3.6 หลักผลประโยชน์สาธารณะ (อัลมะศอลิหฺ อัลมุรสะละฮฺ)

อัลมะศอลิหฺอัลมุรสะละฮฺ หรือประโยชน์สาธารณะที่ถูกละไว้ หมายถึง“การกำหนดบทบัญญัติในอิสลามที่ตัวบทไม่ได้กล่าวถึง ซึ่งตั้งอยู่บนหลักการและจุดมุ่งหมายเพื่อรักษาผลประโยชน์ของมนุษย์” บรรดานักปราชญ์ที่ยอมรับหลักอัลมะศอลิฮฺอัลมุรสะละฮฺ ได้แก่ นักปราชญ์มัซฮับมาลิกีย์ และมัซฮับหันบะลีย์ โดยให้เหตุผลว่าการใช้หลักอัลมะศอลิฮฺอัลมุรสะละฮฺเป็นแหล่งที่มา (บ่อเกิด) ของกฎหมายมีความสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายอิสลามและสอดคล้องกับการปฏิบัติของบรรดาเศาะฮาบะฮฺ อีกทั้ง เป็นการตอบสนองความต้องการของสังคมที่มีการเปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลา[1]

ส่วนนักปราชญ์กฎหมายอิสลามที่ปฏิเสธการใช้หลักอัลมะศอลิฮฺอัลมุรสะละฮฺ ได้แก่ กลุ่มนักปราชญ์กฎหมายอิสลามมัซฮับชาฟิอีย์ซอฮิรีย์ และชีอะฮฺ เนื่องจากมีความเห็นว่าการใช้หลักอัลมะศอลิฮฺอัลมุรสะละฮฺ เป็นหนทางที่จะนำไปสู่การทำลายความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมายอิสลาม เพราะจะเป็นการเปิดโอกาสให้มีการใช้อารมณ์ความรู้สึกไปตามใจ ภายใต้หลักผลประโยชน์สาธารณะดังกล่าว อิบนุหัซมฺ จึงกล่าวว่า “สิ่งนี้ (หลักผลประโยชน์สาธารณะ)เป็นโมฆะ” ทั้งที่ บรรดานักปราชญ์ที่ยอมรับหลักอัลมะศอลิฮฺอัลมุรสะละฮฺก็มิได้ใช้ไปตามอารมณ์ความรู้สึก หากมีกรอบหลักเกณฑ์ที่ชัดเจน เช่น ต้องเป็นผลประโยชน์ที่แน่นอน มิใช่เป็นเพียงความคาดหมาย เป็นผลประโยชน์ของส่วนรวม และต้องไม่ขัดต่อตัวบทอัลกุรอาน สุนนะฮฺ อิจญ์มาอฺ หรือเจตนารมณ์ของกฎหมายอิสลาม เป็นต้น ดังนั้น หากพิจารณาโดยรอบด้านแล้ว จะพบว่ามิได้มีความเห็นขัดแย้งกันอย่างสิ้นเชิงแต่ประการใด เพราะที่แท้แล้ว มัซฮับชาฟิอีย์ปฏิเสธการใช้หลักผลประโยชน์สาธารณะที่ปราศจากกรอบหลักเกณฑ์ภายใต้เจตนารมณ์ของอิสลาม แต่เป็นการใช้ตามอารมณ์ความรู้สึก เนื่องจากในมัซฮับชาฟิอีย์ก็มีการใช้หลักผลประโยชน์สาธารณะด้วยเช่นเดียวกัน แต่อยู่ภายใต้หลักการกิยาส[2]

2.3.7 หลักจารีตประเพณี (อัลอุรฟฺ)

อัลอุรฟฺหรือจารีตประเพณี หมายถึง สิ่งที่ได้ปฏิบัติเป็นที่ยอมรับสืบต่อกันมาทั้งการกระทำและคำพูด”[3] ในอดีตจารีตประเพณีมีอิทธิพลต่อการดำเนินชีวิต โดยเฉพาะอย่างยิ่งในสังคมที่ไม่มีบทบัญญัติทางกฎหมาย จารีตประเพณีจะทำหน้าที่เสมือนกฎหมายถูกนำไปใช้ในการตัดสินความขัดแย้งที่เกิดขึ้นในสังคมนั้นๆ ซึ่งปัจจุบัน จารีตประเพณีก็ยังมีบทบาทสำคัญในการทำหน้าที่

---

1 อิสมาแอ อาลี, **อุศูลุลฟิกฮฺ**, หน้า 110.

2 Al-Zuhaili, **Usul al-Fiqh al-Islami** 1, 765-767.

3 Al-Zuhaili, **Usul al-Fiqh al-Islami** 1, 829.

เคียงคู่กับกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร และนักปราชญ์กฎหมายอิสลามส่วนหนึ่งเห็นว่าจารีตประเพณีเป็นแหล่งที่มา (บ่อเกิด) ของกฎหมายอิสลามเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับอัลกุรอานและสุนนะฮฺ โดยอาศัยหลักฐานจากอัลกุรอาน ความว่า

"เจ้าจงยึดไว้ซึ่งการผ่อนปรน และจงสั่งใช้ในสิ่งที่ดีงาม"[1]

คำว่าสิ่งที่ดีงามในที่นี้ ย่อมหมายความรวมถึงอัลอุรฟฺ และจากคำกล่าวของอิบนุมัสอูด ความว่า "สิ่งใดที่บรรดามุสลิมเห็นว่าเป็นสิ่งที่ดี สิ่งนั้นย่อมเป็นสิ่งที่ดีสำหรับอัลลอฮฺด้วย"

2.3.8 หลักยึดถือสภาพเดิม (อัลอิสติศหาบ)

อัลอิสติศหาบหรือหลักการยึดถือสภาพเดิม ในทัศนะของบรรดานักปราชญ์วิชาอุศูลุ้ลฟิกฮฺ หมายถึง"การตัดสิน (หุกมฺ) ว่ามีหรือไม่มีของสิ่งหนึ่งสิ่งใดในปัจจุบันหรือในอนาคต โดยถือตามสภาพที่มันเคยมีหรือไม่มีในอดีต เนื่องจากไม่มีหลักฐานบ่งชี้เป็นอย่างอื่น"[2] เช่น นาย ก. อยู่ในสภาพปลอดหนี้ ก็ให้ถือว่าเขาไม่มีภาระต้องรับผิดใด ๆ ในการชำระหนี้ จนกว่าจะมีหลักฐานแสดงว่าเขาติดหนี้ ขณะเดียวกัน หากนาย ก. อยู่ในสภาพติดหนี้ก็ให้ถือว่าเขาอยู่ในสภาพดังกล่าวตลอดไป จนกว่าจะมีหลักฐานแสดงว่าเขาได้ชำระหนี้ไปแล้ว[3]

บรรดานักปราชญ์กฎหมายอิสลามที่ยอมรับการนำหลัก อัลอิสติศหาบ ไปใช้เป็นแหล่งที่มา (บ่อเกิด) ของกฎหมายอิสลาม ได้แก่ นักปราชญ์มัซฮับชาฟีอีย์กลุ่มหนึ่ง เช่น ท่านมุซะนีย์ ท่านศ็อยเราะฟีย์ ท่านอิมามอัลเฆาะซาลี และนักปราชญ์ท่านอื่นๆ โดยให้เหตุผลว่า การยึดหุกมฺ "อัลอิสติศหาบ" เป็นผลที่ได้จากการอิจญ์มาอฺ กล่าวคือ อิจญ์มาอฺบางเรื่องวางอยู่บนหลักของอัลอิสติศหาบ ในขณะที่บรรดานักปราชญ์กฎหมายอิสลามมัซฮับหะนะฟีย์ส่วนใหญ่ และปราชญ์อิลมุลกะลาม กลุ่มหนึ่ง เช่น อบูอัลหะสัน อัลบัศรีย์ และท่านอื่นๆ ปฏิเสธการนำหลักอัลอิสติศหาบไปใช้เป็นแหล่งที่มา (บ่อเกิด) ของกฎหมายอิสลาม โดยให้เหตุผลว่า เป็นมติเอกฉันท์หรืออิจญ์มาอฺว่า หลักฐานการยืนยันนั้นมีน้ำหนักและสำคัญยิ่งกว่าหลักฐานการปฏิเสธ และการใช้หลักอัลอิสติศหาบเป็นหลักฐานที่มาของกฎหมาย เป็นการใช้หลักฐานที่ขัดแย้งกับการอิจญ์มาอฺดังกล่าว จึงไม่อาจถือเป็นแหล่งที่มา (บ่อเกิด) ได้

อย่างไรก็ตาม ในมัซฮับหะนะฟีย์เห็นว่า อัลอิสติศหาบนั้น สามารถใช้เป็นหลักฐานในการรักษาสิทธิที่มีอยู่แล้ว แต่ไม่สามารถใช้เป็นหลักฐานในการให้ได้มาซึ่งสิทธิใหม่[4] เช่น ผู้ที่หาย

---

[1] ความหมายอัลกุรอาน, อัลอะอฺรอฟ: 199.

[2] Al-Zuhaili , **Usul al-Fiqh al-Islami** 1, 888.

[3] อิสมาแอ อาลี**, อุศูลุลฟิกฮฺ**, หน้า 117.

[4] Abu Zahrah, **Usul al-Fiqh**, (S.l.: Dar al-Fikr al-'Arabi), n.d., 286.

สาบสูญนั้น จะยังคงรักษาสิทธิต่างๆ ของเขาที่มีอยู่เดิม แต่ไม่มีสิทธิรับมรดกจากผู้ตายซึ่งผู้หายสาบสูญเป็นทายาท เป็นต้น

2.3.9 ทัศนะของเศาะหาบีย์

ทัศนะของเศาะหาบีย์ คือ ทัศนะของผู้ที่ได้พบเห็นท่านนบีมุฮัมมัดﷺ ในขณะที่เป็นมุสลิมและได้ติดตามท่านนบีเป็นเวลาช้านาน บรรดานักปราชญ์กฎหมายอิสลามมีความเห็นพ้องกันว่า ทัศนะของเศาะหาบีย์ในเรื่องที่ไม่อาจทำการวิเคราะห์วินิจฉัยได้นั้น ถือเป็นแหล่งที่มา (บ่อเกิด) ของกฎหมายอิสลามด้วย เพราะถือได้ว่าทัศนะในเรื่องดังกล่าวนั้น จะต้องผ่านการถ่ายทอดหรือรับฟังมาจากท่านนบีﷺ เพราะไม่อยู่ในวิสัยที่เศาะหาบีย์จะคิดเองได้[1]

ส่วนทัศนะของเศาะหาบีย์ในประเด็นที่ได้มาจากการวิเคราะห์วินิจฉัย หรืออิจญ์ติฮาดของตนเองนั้น ย่อมไม่ถือเป็นแหล่งที่มา (บ่อเกิด) ของกฎหมายอิสลาม สำหรับเศาะฮาบะฮฺท่านอื่น ๆ เพราะมิฉะนั้นก็ไม่อาจมีความเห็นที่ขัดแย้งแตกต่างระหว่างเศาะฮาบะฮฺได้ แต่ในความเป็นจริง เศาะฮาบะฮฺมีทัศนะที่แตกต่างกันมากมาย ดังนั้น ทัศนะของเศาะหาบีย์ท่านหนึ่ง จึงไม่ถือเป็นแหล่งที่มา (บ่อเกิด) ของกฎหมายอิสลามในระหว่างพวกเขา แต่จะถือเป็นแหล่งที่มา (บ่อเกิด) ของกฎหมายอิสลามสำหรับคนรุ่นหลังหรือไม่นั้น เป็นประเด็นที่บรรดานักกฎหมายอิสลามมีความเห็นที่แตกต่างกัน

นักปราชญ์กฎหมายอิสลามส่วนหนึ่งจากมัซฮับชาฟิอีย์ และมัซฮับหันบาลีย์ และบางท่านจากมัซฮับหะนะฟีย์ ปฏิเสธการใช้ทัศนะของเศาะหาบีย์มาเป็นแหล่งที่มา (บ่อเกิด) ของกฎหมายอิสลาม โดยให้เหตุผลว่า อัลลอฮฺ ทรงรับสั่งให้ใช้ปัญญาในการพินิจพิเคราะห์ด้วยการอิจญ์ติฮาด ไม่ใช่ให้ยอมรับทัศนะของผู้อื่น ในขณะที่นักปราชญ์กฎหมายอิสลามส่วนใหญ่ เห็นว่า สามารถนำทัศนะของเศาะหาบีย์มาใช้เป็นหลักฐานในลำดับก่อนการกิยาสได้ นักปราชญ์บางกลุ่มเห็นว่า นำมาใช้เป็นหลักฐานที่มาได้ โดยมีเงื่อนไขคือ ต้องได้รับการสนับสนุนจากหลักการกิยาส สำหรับทัศนะที่ถูกเลือกและให้น้ำหนักได้แก่ทัศนะที่เห็นว่า ทัศนะของเศาะหาบีย์ไม่ถือเป็นแหล่งที่มา (บ่อเกิด) ของกฎหมายอิสลาม[2]

---

1 Al-Zuhaili, **Usul al-Fiqh al-Islami** 1, 879.

2 Al-Zuhaili, **Usul al-Fiqh al-Islami** 1, 880-886.

2.4 นิติวิธี[1]การบัญญัติกฎหมายอิสลาม

นิติวิธีการบัญญัติกฎหมายอิสลาม หมายถึง ลักษณะวิธีการบัญญัติหลักกฎหมายอิสลาม (ชะรีอะฮฺ) แนวความคิดหรือจิตวิญญาณที่แฝงเร้นอยู่ในบทบัญญัติแห่งอัลกุรอานและสุนนะฮฺ ซึ่งส่งผลต่อกระบวนการแก้ปัญหาและพัฒนาสังคม ตลอดจนการใช้และการตีความตัวบททั้งตัวบทอัลกุรอานและสุนนะฮฺ เป็นนิติวิธีที่มีลักษณะเฉพาะของกฎหมายอิสลามที่แตกต่างจากบทบัญญัติในชะรีอะฮฺอื่นๆ ที่ได้ถูกประทานมาจากพระผู้เป็นเจ้าในยุคสมัยก่อนๆ และระบบกฎหมายอื่นที่มนุษย์เป็นผู้กำหนดขึ้น นิติวิธีที่สำคัญในกฎหมายอิสลาม[2]กล่าวโดยสังเขป ดังนี้

2.4.1 ปฐมบัญญัติเน้นการชำระจิตใจ

บทบัญญัติอิสลามถูกบัญญัติขึ้นเพื่อเยียวยาปัญหาสังคมมนุษย์ที่ตกต่ำและเสื่อมทรามทั้งด้านความเชื่อที่งมงาย ความไร้คุณธรรมจริยธรรม และปัญหาการปฏิสัมพันธ์ทางสังคม เศรษฐกิจ และการเมือง บทบัญญัติอิสลามที่ถูกประทานมาได้เริ่มต้นที่การพัฒนาจิตใจ แก้ไขความคิด ความเชื่อ และพัฒนาคุณธรรมจริยธรรม ลักษณะของโองการซึ่งประทานลงมาในช่วงแรกจึงเป็นเรื่องของการชี้แนะให้เกิดความคิด พินิจพิเคราะห์และใคร่ครวญ เพื่อสร้างทัศนะคติและหลักศรัทธาที่ถูกต้อง

2.4.2 การประทานบทบัญญัติที่สอดรับกับปัญหาและเหตุการณ์

ครั้นเมื่อหัวใจเลื่อมใสศรัทธาและสะอาดบริสุทธิ์แล้ว ต่อจากนั้น บทบัญญัติว่าด้วยการพัฒนาคุณภาพชีวิต การจัดระเบียบสังคมและรัฐ ก็ได้เริ่มทยอยลงมาตามวาระและโอกาสที่เหมาะสมสอดคล้องกับสภาพการณ์ที่เป็นจริงทางสังคมและปัจเจกบุคคลที่เริ่มมีปัญหาข้อสงสัย ซึ่งทุกครั้งที่มีปัญหาข้อสงสัย บรรดาเศาะฮาบะฮฺก็จะพากันไปสอบถามท่านนบี ﷺ โดยถือว่า ท่านคือผู้ให้คำตอบที่ถูกต้อง เพราะท่านนบี ﷺ ตอบไปตามวิวรณ์หรือการดลจากพระเจ้า ทั้งในรูปของโองการอัลกุรอานและสุนนะฮฺ แล้วแต่กรณี ตัวอย่างประเด็นปัญหาและข้อคำถามที่อัลลอฮฺทรง

---

[1] นิติวิธีหรือวิธีการทางกฎหมาย หมายถึงแนวความคิดและทัศนคติของนักกฎหมายที่มีต่อบ่อเกิดของกฎหมาย วิธีใช้ และการบัญญัติกฎหมายของนักกฎหมายโดยทั่วไป นิติวิธีเป็นสิ่งที่แทรกซึมอยู่กับตัวกฎหมาย ไม่จำต้องบัญญัติและถึงแม้จะได้บัญญัติถึงนิติวิธีไว้ กฎหมายก็มิได้บัญญัติหลักนิติวิธีไว้ทั้งหมด ทั้งนี้ เพราะนิติวิธีมีลักษณะเป็นแนวความคิด ที่ฝังตัวอยู่ในระบบกฎหมายจนเป็นแบบฉบับในทางกฎหมายของระบบกฎหมายนั้น (กิตติศักดิ์ ปรกติ, **ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบซิวิลลอว์และคอมมอนลอว์,** (กรุงเทพฯ : วิญญูชน), 2546, 15.

[2] Al-Qal-'aji, **Dirasah Tahliliah li Shakhsiah al-Rasul Muhammad Sallallahalihwa Sallam**. (Beirut : Dar al-Nafais), 1988 : 28-32; Al-Dusuqi and al-Jabir, op. cit., 84-95.

ตอบไว้ในคัมภีร์อัลกุรอาน เช่น คำถามเกี่ยวกับสิ่งที่จะนำไปบริจาค[1] คำถามเกี่ยวกับสุราหรือน้ำเมา[2] คำถามเกี่ยวกับการอยู่ร่วมกับภริยาขณะมีประจำเดือน[3] คำถามเกี่ยวกับการสงครามในเดือนที่ต้องห้าม[4] คำถามเกี่ยวกับอาหารที่อนุมัติ[5] คำถามเกี่ยวกับบรรดาทรัพย์เชลยศึก[6] คำถามเกี่ยวกับปัญหาเรื่องมรดก[7] คำถามเกี่ยวกับวิญญาณ[8] คำถามเกี่ยวกับวันสิ้นโลก[9] และอื่นๆ ส่วนที่ปรากฏในสุนนะฮฺของท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ เช่น คำถามเกี่ยวกับการใช้น้ำทะเลในการอาบน้ำละหมาด[10] คำถามเกี่ยวกับการต่อสู้เพื่อป้องกันทรัพย์สินของตนโดยชอบ[11] และคำถามเกี่ยวกับสิทธิของภริยาในการใช้จ่ายทรัพย์สินของสามี[12] เป็นต้น

บทบัญญัติแห่งกฎหมายอิสลามที่ได้กำหนดขึ้นตามเหตุการณ์ที่ประสบกับชีวิตประจำวันของเหล่าเศาะฮาบะฮฺเช่นนี้ จึงเป็นบทบัญญัติที่กลมกลืนไปกับการดำเนินชีวิต ง่ายต่อการตอบรับ โดยเฉพาะอย่างยิ่งชนชาวอาหรับที่คุ้ยเคยอยู่กับการใช้ชีวิตแบบเสรีและไร้กฎระเบียบมาก่อน หากบทบัญญัติแห่งกฎหมายได้ถูกประทานลงเพียงครั้งเดียวโดยสมบูรณ์ย่อมไม่อาจที่จะเปลี่ยนแปลงวิถีชีวิตบุคคลใดได้ ดั่งท่านหญิงอาอิชะฮ์[13] กล่าวไว้ความว่า

> **"หากสิ่งแรกที่ได้ถูกประทานลงมาบัญญัติว่าพวกท่านทั้งหลายจงอย่าดื่มสุรายาเมา แน่แท้พวกเขาจะต้องพากันกล่าวว่าพวกเราจะไม่มีวันละทิ้งการดื่มมันเป็นอันขาด และหากมีบัญชาแก่พวกเขาว่าพวกท่านจงอย่าผิด**

---

[1] ความหมายอัลกุรอาน, อัลบะเกาะเราะฮฺ: 215.

[2] ความหมายอัลกุรอาน, อัลบะเกาะเราะฮฺ: 219.

[3] ความหมายอัลกุรอาน, อัลบะเกาะเราะฮฺ: 222.

[4] ความหมายอัลกุรอาน, อัลบะเกาะเราะฮฺ: 189.

[5] ความหมายอัลกุรอาน, อัลมาอิดะฮฺ: 3.

[6] ความหมายอัลกุรอาน, อัลอันฟาล: 1.

[7] ความหมายอัลกุรอาน, อันนิซาอฺ: 276.

[8] ความหมายอัลกุรอาน, อัลอิสรออฺ: 85.

[9] ความหมายอัลกุรอาน, อัลอะรอฟ: 187.

[10] ความหมายอัลหะดีษบันทึกโดยอัตติรมิซีย์, หะดีษเลขที่ 69.

[11] ความหมายอัลหะดีษบันทึกโดยมุสลิม, หะดีษเลขที่ 317.

[12] ความหมายอัลหะดีษบันทึกโดยบุคอรี, หะดีษเลขที่ 5237.

[13] ท่านหญิงอาอิชะห์ : อาอิชะห์บุตรสาวของ เคาะลีฟะฮฺอะบูบักรฺ อัศศิดดีก เป็นภรรยาของท่านนบีมุฮัมมัด ศ็อลลัลลอฮุอะลัยฮิวะสัลลัม เกิด ปี ฮ.ศ. 9 เสียชีวิต ปี ฮ.ศ. 58 (ค.ศ. 613 – 678) เป็นสตรีที่มีความรอบรู้อย่างลึกซึ้งในเรื่องกฎหมายและศาสนาอิสลาม

ประเวณี แน่นอนพวกเขาก็จะกล่าวว่า พวกเราจะไม่มีวันเลิกการผิดประเวณีตลอดไป"[1]

2.4.3 การใช้ถ้อยคำแห่งบทบัญญัติที่มีความหมายหลายนัย

นับเป็นส่วนหนึ่งของนิติวิธีการบัญญัติชะรีอะฮฺอิสลาม ที่บางครั้งลักษณะของสำนวนแห่งบทบัญญัติและบริบทแวดล้อมนำไปสู่ความเข้าใจตัวบทได้หลายทาง และตีความได้หลายนัย ทั้งในส่วนสารบัญญัติ และวิธีสบัญญัติ ทำให้เกิดความยืดหยุ่นของตัวบทที่อาจเข้าใจและอธิบายได้หลายทาง สามารถตอบสนองความต้องการแห่งยุคสมัย เช่นการเช็ดศีรษะในการอาบน้ำละหมาด การจ่ายค่าอุปการะเลี้ยงดูหญิงที่ถูกหย่า 3 เฏาะลาก หรือ คำว่า “กุรุอฺ” สามารถตีความได้ว่าหมายถึงมีประจำเดือนหรือปลอดประจำเดือน[2] เป็นต้น

2.4.4 เจตนารมณ์แห่งการบัญญัติเพื่อประโยชน์สุขของมนุษย์ทั้งมวล

โองการแห่งอัลกุรอานและบทบัญญัติแห่งสุนนะฮฺของท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ ได้สะท้อนถึงเจตนารมณ์แห่งพระผู้เป็นเจ้าผู้ทรงบัญญัติว่า จุดมุ่งหมายสำคัญโดยรวมของการบัญญัติกฎหมายอิสลามหรือชะรีอะฮฺ คือ **"อรรถประโยชน์ทั้งมวลที่จะกลับคืนสู่ปวงมนุษย์ทั้งในโลกนี้และในโลกหน้าอาคิเราะห์"**[3] เพราะพระผู้เป็นเจ้าผู้ทรงบัญญัติอยู่เหนือผลประโยชน์ใด ๆ จากทุกสรรพสิ่งที่พระองค์ทรงสร้าง นอกจากนั้น แหล่งที่มา (บ่อเกิด) ของกฎหมายอิสลามอื่นๆ เช่น หลักฐานเชิงเหตุผลหรือวิจารณญาณ หลักอรรถประโยชน์หรือมะศอลิหฺมุรสะละฮฺ และหลักจารีตประเพณีหรืออุรฟฺนั้น ก็บ่งชี้เช่นเดียวกันว่าชะรีอะฮฺอิสลามมีจุดมุ่งหมายเพื่อประโยชน์สุขของมวลมนุษย์ บทบัญญัติอิสลามทั้งภาคอิบาดาต มุอามะลาต มุนากะหาต และญินาญาต หรืออีกนัยหนึ่งทั้งส่วนสารบัญญัติและวิธีสบัญญัติ ล้วนมุ่งคุ้มครองประโยชน์พื้นฐาน5 ประการคือ ศาสนา ชีวิต สติปัญญา เชื้อสายวงศ์ตระกูล และทรัพย์สิน[4]

2.4.5 ความเสมอภาคในการบัญญัติและการบังคับใช้กฎหมายอิสลาม

คัมภีร์อัลกุรอานได้บัญญัติหลักแห่งความเสมอภาคเท่าเทียมกันของมวลมนุษย์ โดยไม่แบ่งแยกถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ สีผิว ภาษาหรือวงศ์ตระกูล ดังที่อัลลอฮฺตรัสไว้ในอัลกุรอาน ความว่า

---

1 ความหมายอัลหะดีษบันทึกโดยบุคอรี, หะดีษเลขที่ 4873.

2 Al-Shuakani, **Nail al-Autar**. (Cairo : Mustafa al-Babi al-Halabi), n.d.,232-233; Qattan op. cit.,68.

3 Al-’Alam, **Al-Maqasid al-‘Ammah li al-Shari’ah al-Islamiah**, 3th ed, (Cairo: Dar al-Hadith), 1997, 75-77.

4 Al-’Alam, op. cit.,80.

"โอ้ มนุษย์ทั้งหลาย แท้จริงเราได้สร้างพวกเจ้าจากเพศชายและเพศหญิง และเราได้ให้พวกเจ้าแยกเป็นเผ่าและตระกูล เพื่อจะได้ทำความรู้จักกันและกัน แท้จริงผู้ที่มีเกียรติยิ่งในหมู่พวกเจ้า ณ ที่อัลลอฮฺนั้น คือผู้ที่มีความยำเกรงยิ่งในหมู่พวกเจ้า"[1]

หลักความเสมอภาคดังปรากฏในอัลกุรอานข้างต้นนี้ เป็นรากฐานของความเสมอภาคของมนุษย์โดยแท้ในฐานะที่เป็นมนุษย์ ทุกคนได้รับเกียรติยศและศักดิ์ศรีเท่าเทียมกันโดยปราศจากเงื่อนไขหรือข้อยกเว้นใด ๆ ความแตกต่างเหลื่อมล้ำทางสังคม วงศ์ตระกูล ถิ่นกำเนิด หรือ สีผิว มิใช่มาตรฐานในการวัดคุณค่าความสูงส่งหรือเกียรติยศของบุคคล แม้วัฒนธรรมทางสังคมในยุคก่อนอิสลามเป็นสังคมชนชั้นที่ถูกจำแนกด้วยสถานภาพทางสังคม แต่ในอิสลามอัลลอฮฺทรงโองการบัญญัติแจ้งแก่มวลมนุษย์ตั้งแต่เริ่มแรกของการประทานศาสนานี้ว่า มนุษย์ทั้งหลายกำเนิดมาจากบิดามารดาเดียวกัน จึงไม่มีชนชาติใดประเสริฐกว่าชนชาติอื่น หรือบุคคลใดประเสริฐกว่าบุคคลอื่น หรือคนผิวสีใดประเสริฐกว่าคนผิวสีอื่น หรือผู้ปกครองจะประเสริฐกว่าผู้อยู่ใต้ปกครอง แต่ทุกคนล้วนมีความเสมอภาคเท่าเทียมกัน และมาตรฐานวัดความแตกต่างเหลื่อมล้ำระหว่างบุคคลมิใช่อยู่ที่สถานะภาพทางสังคม ตำแหน่ง อำนาจหรือความร่ำรวยหากอยู่ที่ "ความยำเกรงต่ออัลลอฮฺ" ซึ่งทุกคนมีโอกาสที่จะแสวงหาและเข้าถึงความยำเกรงต่อพระองค์เท่าเทียมกัน

สังคมมุสลิมยุคแรก ภายใต้การนำของท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ จึงเป็นสังคมที่เปี่ยมด้วยอิสรภาพและความเสมอภาค กฎหมายอิสลามมีผลบังคับกับมุสลิมทุกคน โดยไม่แบ่งแยกระหว่างผู้ปกครองหรือผู้อยู่ใต้ปกครอง ผู้มีตำแหน่งสูงศักดิ์หรือสามัญชน คนยากจนหรือร่ำรวย ดังปรากฏในการบังคับใช้กฎหมายของท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ ให้ลงโทษตัดมือของสตรีผู้หนึ่งจากเผ่ามัคซูมียะห์ซึ่งเป็นเผ่าที่สูงส่ง ในความผิดฐานลักทรัพย์ตามบทบัญญัติแห่งอัลกุรอาน ครั้นแล้วครอบครัวของเธอจึงได้พยายามหาช่องทางติดต่อกับผู้ใกล้ชิดท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ จึงได้ไปติดต่อกับอุซามะฮฺอิบนุซัยดฺซึ่งมีความใกล้ชิดท่านนบีอย่างมากให้เป็นผู้ประสานกับท่านนบีเพื่อเจรจาต่อรองให้เปลี่ยนคำพิพากษาและลดหย่อนโทษ แต่เมื่ออุซามะฮฺได้บอกกล่าวเรื่องราวดังกล่าว ท่านนบีมีความไม่พอใจอย่างยิ่ง และกล่าวกับอุซามะฮฺอิบนุซัยดฺว่า เจ้าประสงค์จะช่วยให้เขารอดพ้นจากโทษทัณฑ์แห่งอัลลอฮฺกระนั้นหรือ แล้วท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ จึงได้ลุกขึ้นประกาศว่า

"โอ้ มวลมนุษย์ทั้งหลาย ความจริงบรรดาผู้ที่ประสบความหายนะก่อนหน้าพวกเจ้า ก็เพราะเมื่อคนมียศศักดิ์สูงส่งในหมู่พวกเขาลักขโมย พวกเขาต่างพากันละเลย และเมื่อคนต่ำต้อยในหมู่พวกเขาลักขโมย พวกเขาดำเนินการ

---

[1] ความหมายอัลกุรอาน, อัลหุญุรอต : 13.

ลงโทษอย่างเข้มงวด ขอสาบานต่ออัลลอฮฺหากแม้นว่าฟาฏิมะฮฺบุตรสาวของมุฮัมมัดลักขโมย ฉันจะต้องพิพากษาให้ลงโทษตัดมือของเธอเป็นแน่นอน[1]

ดังกล่าวมานี้ จะเห็นได้ว่านิติวิธีการบัญญัติกฎหมายอิสลามมีลักษณะเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับการบัญญัติ การตีความ และการประยุกต์ใช้ตัวบท ที่ส่งผลต่อการเยียวยาจิตใจที่แข็งกระด้างและดื้อรั้น ให้น้อมรับความเสมอภาคในการบังคับใช้อย่างเที่ยงธรรม อันเป็นผลให้กฎหมายอิสลามสามารถตอบสนองความต้องการแห่งยุคสมัยได้อย่างเหมาะสม และสอดคล้องกับชีวิตจริง ซึ่งจะนำไปสู่ความสงบสุขทั้งในโลกนี้ และโลกหลังความตายชั่วนิรันดร์

2.5 ประเภทของกฎหมายอิสลาม

กฎหมายอิสลามอาจแบ่งออกได้เป็นหลายประเภท ขึ้นอยู่กับหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการแบ่ง และอาจเปรียบเทียบได้กับการแบ่งประเภทของกฎหมายในปัจจุบัน[2] เช่น หากยึดลักษณะของประโยชน์ส่วนบุคคลและสังคมเป็นเกณฑ์ สามารถแบ่งกฎหมายอิสลามได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่ กฎหมายเอกชน คือ ส่วนที่เกี่ยวกับบทบัญญัติว่าด้วยหักกุลอาดัม[3] และกฎหมายมหาชน คือ ส่วนที่เกี่ยวกับบทบัญญัติว่าด้วยหักกุลลอฮฺ[4] หากยึดลักษณะของความสัมพันธ์ที่มนุษย์พึงมีต่ออัลลอฮฺและต่อเพื่อนมนุษย์ตลอดจนมวลสรรพสิ่ง สามารถแบ่งกฎหมายอิสลามออกได้เป็น 2 ประเภทใหญ่ๆ ได้แก่ กฎหมายว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์กับอัลลอฮฺ คือ บทบัญญัติว่าด้วยเรื่องอิบาดาต (ศาสนกิจ) และกฎหมายว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์กับมนุษย์และสรรพสิ่งในโลก คือ

---

1 ความหมายอัลหะดีษบันทึกโดยมุสลิม,เลขที่ 4364.

2 Abd al-Jawad, op.cit., 71-91; Al-Zuhaili, **Usul al-Fiqh al-Islami** 1, Wizarah al-Auqaf, op.cit.; Audah, op.cit.

3 หักกุลอาดัม หมายถึง บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการกระทำอันเป็นสิทธิของมนุษย์โดยส่วนตัว ถูกบัญญัติขึ้นเพื่อพิทักษ์รักษาผลประโยชน์ของบุคคลในฐานะปัจเจกบุคคล เช่น สิทธิที่จะได้รับค่าทำขวัญ ค่าสินไหมทดแทน สิทธิที่จะยึดหน่วงทรัพย์จำนำจำนอง และสิทธิในทางแพ่งอื่นๆ รวมถึงบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการพิทักษ์รักษาทั้งประโยชน์สุขของสังคมส่วนรวม และผลประโยชน์ของบุคคลในฐานะปัจเจกบุคคล หากว่าประโยชน์ส่วนบุคคลในฐานะปัจเจกมีความเด่นชัดยิ่งกว่า เช่น บทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายของผู้มีส่วนได้เสียหรือทายาทในคดีฆาตกรรม เป็นต้น

4 หักกุลลอฮฺ หมายถึง บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการกระทำอันเป็นสิทธิของสังคมโดยรวม ซึ่งเป็นสิทธิแห่งอัลลอฮฺ ถูกบัญญัติขึ้นเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือเพื่อพิทักษ์รักษาประโยชน์สุขของบุคคล ในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งของสังคม ไม่จำกัดอยู่แต่เฉพาะบุคคลใดบุคคลหนึ่ง และรวมถึงบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการพิทักษ์รักษาประโยชน์สุขของสังคมส่วนรวม เช่น บทบัญญัติว่าด้วยศาสนกิจ (อิบาดะฮฺ) บทบัญญัติว่าด้วยความผิดและโทษทัณฑ์ต่าง ๆ เช่น โทษฐานผิดประเวณี โทษฐานลักทรัพย์ และโทษฐานเสพสิ่งมึนเมา เป็นต้น

บทบัญญัติว่าด้วยเรื่องมุอามะลาต (ธุรกรรม) และหากยึดลักษณะของการใช้กฎหมายเป็นหลักเกณฑ์ในการแบ่ง ก็สามารถแบ่งกฎหมายอิสลามออกได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่ บทบัญญัติว่ากฎหมายสารบัญญัติ และบทบัญญัติว่าด้วยกฎหมายวิธีสบัญญัติ ซึ่งในที่นี้จะกล่าวถึงรายละเอียดของกฎหมายทั้ง 2 ประเภทนี้ โดยสังเขป ดังนี้

2.5.1 กฎหมายสารบัญญัติอิสลาม

กฎหมายสารบัญญัติอิสลาม คือกฎหมายที่เป็นเนื้อหาสาระของบทบัญญัติต่างๆ และบทลงโทษซึ่งได้มาจากอัลกุรอาน สุนนะฮฺ อิจญ์มาอฺ กิยาส และแหล่งที่มา (บ่อเกิด) อื่นๆ ของกฎหมายอิสลามดังกล่าวมาข้างต้น ถูกบัญญัติขึ้นเพื่อใช้บังคับควบคุมการประพฤติปฏิบัติของมุสลิม ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับอิบาดาต (ศาสนกิจ) ซึ่งเป็นการประพฤติปฏิบัติเพื่อการเคารพภักดีต่อพระเจ้าโดยตรง เช่น การละหมาด การจ่ายซะกาต การถือศีลอด การประกอบพิธีฮัจญ์ หรือเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับมุอามะลาต (ธุรกรรมต่าง ๆ) ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ในการปฏิบัติระหว่างมนุษย์ต่อเพื่อนมนุษย์ด้วยกันทั้งมุสลิมและศาสนิกอื่น รวมทั้งบทบัญญัติว่าด้วยครอบครัว มรดก และพินัยกรรม ตลอดจนบทบัญญัติในทางอาญา ดังนั้น กฎหมายสารบัญญัติอิสลามจึงเป็นกฎหมายที่มีรายละเอียดครอบคลุมทั้งหมด ไม่เฉพาะแต่บทบัญญัติที่เป็นข้อบังคับให้มุสลิมต้องปฏิบัติ (วาญิบ) และส่วนที่บังคับให้ต้องละทิ้ง (หะรอม) เท่านั้น แต่ยังรวมไปถึงส่วนที่ส่งเสริมให้ปฏิบัติ (มันดูบ) ส่วนที่ส่งเสริมให้ละทิ้ง (มักรูหฺ) และส่วนที่อนุญาตให้ละทิ้งหรือปฏิบัติก็ได้ (มุบาฮฺ) อีกด้วย

กฎหมายสารบัญญัติอิสลามว่าด้วยครอบครัว มรดก และพินัยกรรม

บทบัญญัติว่าด้วยครอบครัว มรดกและพินัยกรรม เป็นกฎหมายสารบัญญัติอิสลามที่ถูกบัญญัติไว้อย่างละเอียดในคัมภีร์อัลกุรอานและสุนนะฮฺของท่านนบีมุฮัมมัดﷺ ตั้งแต่เรื่องการหมั้น การสมรส ประเภทของบุคคลที่อนุญาตและห้ามมิให้ทำการหมั้นและทำการสมรส การอุปการะเลี้ยงดู การหย่าร้าง สิทธิและหน้าที่ระหว่างสามีภริยา สิทธิและหน้าที่อบรมเลี้ยงดูบุตร ดังปรากฏในคัมภีร์อัลกุรอาน ซูเราะห์อัลบะเกาะเราะห์ อายะห์ที่ 221-237 ซูเราะห์อัลนิซาอฺ อายะห์ที่ 2-4, 19-25, และอายะห์ที่ 176 และอื่นๆ การเป็นทายาท ทายาทโดยธรรม ทายาทโดยพินัยกรรม ประเภทและลำดับของทายาท ส่วนแบ่งในกองมรดกของทายาทแต่ละประเภทหรือแต่ละลำดับ ดังปรากฏในคัมภีร์อัลกุรอานซูเราะห์อัลนิซาอฺ อายะห์ที่ 7-12 และอายะห์ที่ 176 และอื่นๆ กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัว มรดก และพินัยกรรมจึงเป็นบทบัญญัติที่สัมพันธ์กับหลักศรัทธาและเชื่อมโยงกับชีวิตหลังความตาย กล่าวคือหากไม่ปฏิบัติตามจะต้องได้รับความพิโรธจากอัลลอฮฺและถูกลงโทษอย่างรุนแรงในโลกหน้าอาคิเราะห์

นอกจากนั้น บทบัญญัติว่าด้วยครอบครัวมรดกและพินัยกรรมอิสลามมีลักษณะทั่วไปที่สอดคล้องกับธรรมชาติและความต้องการของมนุษย์ มีความเสมอภาคและยุติธรรม เป็นธรรมนูญที่มุ่งสร้างสถาบันครอบครัวอบอุ่นและเข้มแข็ง จึงมีความจำเป็นสำหรับมุสลิมที่จะต้องบังคับใช้ทั้งในระดับปัจเจกบุคคลและสังคมโดยรวม[1]

-เป็นบทบัญญัติที่สอดคล้องกับธรรมชาติของมนุษย์

บทบัญญัติว่าด้วยครอบครัวและมรดกอิสลามมีลักษณะสอดคล้องกับธรรมชาติและความต้องการโดยแท้ของมนุษย์ อิสลามเป็นระบบแห่งชีวิต บทบัญญัติต่างๆ ในอิสลามถูกบัญญัติขึ้นอย่างสอดคล้องกับสภาพธรรมชาติของชีวิตมนุษย์ ซึ่งอัลลอฮฺทรงสร้างไว้ ดังปรากฏในคัมภีร์อัลกุรอาน ความว่า

> **"ดังนั้น เจ้าจงผินหน้าของเจ้าสู่ศาสนาที่เที่ยงแท้ (โดยเป็น) ธรรมชาติแห่งอัลลอฮฺซึ่งพระองค์ทรงสร้างมนุษย์ขึ้นมา"**[2]

เมื่อมนุษย์ถูกสร้างให้มีทั้งสติปัญญาและอารมณ์ใคร่ มนุษย์จึงควรได้รับสิทธิในการแสวงหาความใคร่ได้อย่างผู้มีปัญญาที่สูงส่งกว่าเดรัจฉาน บทบัญญัติอิสลามจึงตอบสนองความต้องการดังกล่าวของมนุษย์อันเป็นความต้องการพื้นฐานตามธรรมชาติ เมื่อชายหญิงมีความพร้อม อิสลามส่งเสริมให้ทำการแต่งงานภายใต้หลักเกณฑ์ที่กำหนด และยินยอมให้ชายแต่งงานกับหญิงได้ถึงสี่คนหากไม่กลัวว่าจะเกิดความลำเอียงหรือความอยุติธรรมต่อคนหนึ่งคนใด ทั้งนี้ เพื่อให้มนุษย์สามารถตอบสนองความต้องการตามธรรมชาติ ในขณะเดียวกันก็สามารถรักษาศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ และขยายเผ่าพันธุ์มนุษยชาติให้เป็นดังเจตนารมณ์แห่งพระเจ้าผู้ทรงสร้างสืบไป พระองค์ตรัสไว้ความว่า

> **"มนุษยชาติทั้งหลาย จงยำเกรงพระเจ้าของพวกเจ้าที่ได้บังเกิดพวกเจ้ามาจากชีวิตหนึ่ง และได้ทรงบังเกิดจากชีวิตนั้นซึ่งคู่ครองของเขา และได้ทรงให้แผ่ขยายไปจากทั้งสองนั้น ซึ่งบรรดาชายและบรรดาหญิงอีกมากมาย..."**[3]

- เป็นบทบัญญัติที่มุ่งสรรค์สร้างความเสมอภาคและยุติธรรมในครอบครัว

บทบัญญัติอิสลามมีเอกลักษณ์ที่สำคัญคือ ความเสมอภาคและยุติธรรม ธรรมนูญว่าด้วยครอบครัวและมรดกในอิสลามจึงเป็นธรรมนูญที่มีความเสมอภาคและยุติธรรมอย่างยิ่ง ทั้ง

---

[1] Abu al-Nur, **Manhaj al-Sunnah fi al-Zawaj,** (Cairo : Dar al-Salam), 1996, 451-453.

[2] ความหมายอัลกุรอาน, อัรรูม: 30.

[3] ความหมายอัลกุรอาน, อันนิซาอฺ: 1.

ความเสมอภาคในการเข้าถึง ความเสมอภาคในระหว่างชายหญิง และความเสมอภาคในการบังคับใช้ มนุษย์ทุกคนสามารถเข้าถึงธรรมนูญนี้โดยเท่าเทียมกัน บรรดาชายก็มีความเสมอภาคเท่าเทียมกันในระหว่างชาย และหญิงก็เช่นเดียวกัน[1] ในระหว่างผู้ชายกับผู้หญิง สามีและภริยาต่างก็มีสิทธิและหน้าที่ซึ่งกันและกัน อัลลอฮฺตรัสไว้ในอัลกุรอาน ความว่า

"และพวกนางจะได้รับสิทธิเช่นเดียวกับสิ่งที่เป็นหน้าที่ของพวกนาง"[2]

-เป็นบทบัญญัติที่มุ่งสร้างสถาบันครอบครัวเข้มแข็งและเปี่ยมสุข

คำสอนและคำแนะนำมากมายจากท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ เกี่ยวกับการเลือกคู่ครอง เป็นคำสอนก่อนการสมรสและเมื่อสมรสแล้วก็มีคำสอนมากมายเช่นเดียวกัน เกี่ยวกับแนวทางการครองเรือนอย่างมีความสุข อัลลอฮฺตรัสไว้ในอัลกุรอาน ความว่า

"และจงอยู่ร่วมกับพวกนางด้วยดี หากพวกเจ้าเกลียดพวกนาง ก็อาจเป็นไปได้ว่าการที่พวกเจ้าเกลียดสิ่งหนึ่งขณะเดียวกันอัลลอฮฺก็ทรงให้มีในสิ่งนั้นซึ่งความดีอันมากมาย"[3]

ครั้นเมื่อสองสามีภริยาไม่สามารถครองคู่อยู่ด้วยกันอย่างมีความสุข ท่านนบีก็ได้วางแนวทางสำหรับการหย่าร้างที่ละเอียดอ่อนอย่างยิ่ง เป็นการหย่าร้างที่สร้างรอยร้าวน้อยสุด ทั้งยังเปิดโอกาสให้ทั้งสองฝ่ายกลับคืนดีกันได้ พร้อมทั้งได้กล่าวเตือนว่า **" การหย่าคือสิ่งอนุมัติที่อัลลอฮฺทรงพิโรธที่สุด "**[4]

2.5.2 กฎหมายวิธีสบัญญัติอิสลาม

กฎหมายวิธีสบัญญัติอิสลาม คือ กฎหมายที่ว่าด้วยการกำหนดรูปแบบ วิธีการและขั้นตอนของการดำเนินการเพื่อบังคับให้เป็นไปตามกฎหมายสารบัญญัติ ทั้งนี้เฉพาะในส่วนที่เป็นข้อบังคับให้มุสลิมต้องปฏิบัติ (วาญิบ) และส่วนที่บังคับให้ต้องละทิ้ง (หะรอม) เท่านั้น ไม่รวมถึงส่วนที่ส่งเสริมให้ปฏิบัติ (มันดูบ) ส่วนที่ส่งเสริมให้ละทิ้ง (มักรูหฺ) และส่วนที่อนุญาตให้ละทิ้งหรือปฏิบัติก็ได้ (มุบาฮฺ) เนื่องจากกฎหมายวิธีสบัญญัติเป็นกระบวนการบังคับโดยทางศาลหรือโดยผู้พิพากษาซึ่งจะต้องมีการฟ้องร้องหรือนำคดีขึ้นสู่ศาลก่อน หลังจากนั้นศาลจึงจะสามารถดำเนินการพิจารณาพิพากษาได้ แต่โดยสภาพของบทบัญญัติว่าด้วยการส่งเสริมให้กระทำก็ดี ส่งเสริมให้ละทิ้งก็ดี หรืออนุญาตให้กระทำหรือละทิ้งได้ก็ดีนั้นไม่อาจก่อให้เกิดสิทธิฟ้องร้องในทางศาล เนื่องจาก

---

[1] Faiz, **Dustur al-Usrah fi Zilal al-Quran**, (Beirut: Muassasah al-Risalah), 1992 : 29.

[2] ความหมายอัลกุรอาน, อัลบะเกาะเราะฮฺ: 228.

[3] ความหมายอัลกุรอาน, อัลนิซาอฺ: 19.

[4] ความหมายอัลหะดีษบันทึกโดยอะบูดาวูด, เลขที่ 2178.

ไม่มีสภาพบังคับในทางกฎหมาย เพียงแต่กฎหมายกำหนดขึ้นเพื่อส่งเสริมให้มุสลิมปฏิบัติและมุ่งแสวงหาความพึงพอพระทัยจากพระเจ้า และคาดหวังในผลตอบแทนจากพระองค์ในโลกหน้าอาคิเราะห์ จึงไม่อยู่ในขอบข่ายที่ศาลหรือผู้พิพากษาจะใช้กระบวนวิธีพิจารณาเพื่อลงโทษหรือบังคับให้ปฏิบัติอย่างหนึ่งอย่างใด เว้นแต่ในกรณีผู้ปกครองสุลต่านหรืออะมีรุ้ลมุอฺมินีน ได้กำหนดหรือประกาศให้สิ่งอันเป็นข้อส่งเสริมหรือข้ออนุมัตินั้นเป็นข้อบังคับเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย หรือเพื่อประโยชน์สุขส่วนรวม กรณีเช่นนี้ ศาลหรือผู้พิพากษาจึงจะสามารถดำเนินกระบวนพิจารณาเพื่อบังคับให้เป็นไปตามข้อกฎหมายนั้นได้ ในฐานะที่เป็นบทบัญญัติบังคับให้มุสลิมต้องปฏิบัติ (วาญิบ)หรือต้องละทิ้ง (หะรอม) แล้วแต่กรณี

กฎหมายวิธีสบัญญัติอิสลามจึงมีสาระสำคัญประกอบด้วยเรื่องเกี่ยวกับศาล ผู้พิพากษา คุณสมบัติของผู้พิพากษา พยานหลักฐาน กระบวนการพิจารณาพิพากษาคดี การบังคับคดีตามคำพิพากษา และการอุทธรณ์หรือฎีกาคำพิพากษา เป็นต้น โดยทั่วไปในทางตำรากฎหมายอิสลามมัซฮับต่าง ๆ นั้น มักจะมีการรวบรวมกฎหมายสารบัญญัติและวิธีสบัญญัติไว้ในเล่มเดียวกัน เพียง-แต่จำแนกกฎหมายวิธีสบัญญัติไว้เป็นบทหนึ่งเฉพาะเป็นบทที่ว่าด้วยเรื่องการศาล หรือพยานหลัก-ฐานแล้วแต่กรณี ในคัมภีร์อัลกุรอานและในอัลหะดีษก็เช่นเดียวกัน อัลกุรอานบางโองการหรืออัลหะดีษบางบทกล่าวถึงบทบัญญัติที่เป็นสารบัญญัติและวิธีสบัญญัติอยู่ในบทหรือโองการเดียวกัน และกล่าวถึงไว้เป็นหลักกว้าง ๆ ทั่วไป ทั้งในลักษณะที่เป็นกฎเกณฑ์และลักษณะที่เป็นตัวอย่าง การพิจารณาคดีของบรรพชนรุ่นก่อน เช่น คดีการแย่งชิงคู่ครองระหว่างกอบีลกับฮาบีล บุตรชายทั้งสองของท่านนบีอดัม (อะลัยฮิสสลาม) ดังปรากฏในอัลกุรอานซูเราะห์อัลมาอิดะฮฺอายะห์ที่ 27คดีอนาจารระหว่างนบียูซุฟ (อะลัยฮิสสลาม) กับสตรีผู้สูงศักดิ์ ดังปรากฏในอัลกุรอานซูเราะห์ยูซุฟ อายะห์ที่ 23-28 และคดีละเมิดระหว่างเจ้าของไร่นากับเจ้าของฝูงแกะ ดังปรากฏในอัลกุรอานซูเราะห์อัลอัมบิยาอฺ อายะห์ที่ 78-79 เป็นต้น

2.5.2.1 องค์กรศาลสำหรับการบังคับใช้กฎหมายอิสลาม

องค์กรศาลสำหรับการบังคับใช้กฎหมายอิสลาม มีความสำคัญและจำเป็นอย่างยิ่งสำหรับสังคมมุสลิม เพื่อการพิทักษ์รักษาความยุติธรรมตามเจตนารมณ์แห่งกฎหมายอิสลาม เพราะศาลในอิสลามวางอยู่บนรากฐานของความศรัทธา ผูกพันอยู่กับหลักจริยธรรม มีจุดมุ่งหมายสูงสุดเพื่อความยุติธรรม เน้นความเรียบง่ายไม่ซับซ้อน และความรวดเร็วในการพิพากษาคดี เพื่อคืนความเป็นธรรมแก่ผู้ได้รับอธรรม ดังจะกล่าวโดยสังเขปต่อไปนี้[1]

---

1 Al-Aghbash, **Al-Siyasah al-Qadha-i-yah fi ‘Ahd ‘Umar bin Khattab**. (Al-Riyadh: Jami-‘ah al-Imam Muhammad bin Su-‘ud al-Islamiah), 1996: 32-39 ;Madkur, **al-Qadha fi al-Islam**, (S.l.: Dar Nahdhah), n.d.,14.

- ความจำเป็นขององค์กรศาลอิสลามในสังคมมุสลิม

การดำเนินการให้มีศาลอิสลามเป็นข้อบังคับที่ถือเป็นฟัรฎู[1] สำหรับสังคมและประชาชาติมุสลิม ดังปรากฏในบทบัญญัติแห่งอัลกุรอานหลายโองการที่เรียกร้องให้ดำเนินการด้านตุลาการในลักษณะของการบังคับเด็ดขาด และอัลลอฮฺทรงสัญญาที่จะตอบแทนกุศลอันยิ่งใหญ่สำหรับการดำเนินการตามคำเรียกร้องนั้น และทรงลงโทษอย่างรุนแรงสำหรับการเพิกเฉยหรือละทิ้งเข้าข่ายเป็นผู้ปฏิเสธศรัทธาต่อพระองค์ อัลลอฮฺตรัสไว้ ความว่า

> **"...จงอย่ากลัวมนุษย์ แต่จงกลัวข้าเถิด และจงอย่าแลกเปลี่ยนบรรดาโองการของข้ากับราคาอันเล็กน้อย และผู้ใดที่มิได้ตัดสินด้วยสิ่งที่อัลลอฮฺได้ทรงประทานลงมาแล้ว ชนเหล่านั้นแหละคือผู้ปฏิเสธการศรัทธา"** [2]

สถาบันศาลเป็นส่วนหนึ่งของระบบกฎหมายอิสลาม การบังคับใช้กฎหมายอิสลามอย่างเป็นระบบจะต้องมีสถาบันศาลคอยชี้ขาด เพราะโดยธรรมชาติของสังคมหรือรัฐจำเป็นที่จะต้องมีคนกลาง หรือสถาบันตุลาการเป็นองค์กรสูงสุด เพื่อการชี้ขาดปัญหาข้อขัดแย้ง และคืนความเป็นธรรมให้กับผู้ได้รับอธรรม เคาะลีฟะฮฺอุมัร อิบนุอัลคือฏฏอบ กล่าวไว้ ความว่า

> **"องค์กรศาลในอิสลามนั้นเป็นความจำเป็น (ฟัรฎู) ซึ่งถูกบัญญัติขึ้นไว้ และเป็นสุนนะฮฺอันพึงต้องเจริญรอยตาม..."**[3]

คำว่า ฟัรฎู หรือความจำเป็นดังกล่าวนั้น บรรดานักปราชญ์อิสลามกล่าวว่า หมายถึง "ฟัรฎูกิฟายะฮฺ" คือเป็นความจำเป็นสำหรับสังคม ชุมชน หรือประชาชาติร่วมกันที่จะต้องดำเนินการให้มีองค์กรหรือสถาบันศาลขึ้น ดังนั้น ถ้าเมื่อมีบุคคลหรือคณะบุคคลในสังคมใดได้ดำเนินการดังกล่าวย่อมส่งผลให้ทุกคนในสังคมนั้นพ้นภาระรับผิดชอบดังกล่าวไปด้วย แต่ถ้าหากไม่มีบุคคลหรือคณะบุคคลใดดำเนินการย่อมส่งผลให้ทุกคนในสังคมนั้นต้องร่วมกันรับผิด และต้องถูกลงโทษจากอัลลอฮฺ นอกจากนั้น การจัดให้มีระบบศาลเพื่อดำเนินกระบวนพิจารณาคดีตามหลักกฎหมายอิสลามถือเป็นศาสนกิจ (อิบาดะฮฺ) และการพิพากษาเป็นภารกิจหลักประการหนึ่งของบรรดาศาสนทูตเพื่อประสาทความยุติธรรมให้แก่ผู้เป็นเหยื่ออธรรมในสังคม การศาลจึงเป็นภารกิจทางศาสนาที่สังคมมุสลิมทุกยุคสมัย จะเพิกเฉยมิได้

---

[1] ฟัรฎู: ตามทัศนะของนักปราชญ์ส่วนใหญ่มีความหมายเดียวกับวาญิบ คือ เป็นสิ่งที่มีบัญญัติให้กระทำอย่างเด็ดขาด.

[2] ความหมายอัลกุรอาน, อัลมาอิดะฮฺ: 44.

[3] ความตอนหนึ่งของสาส์นซึ่งท่านอุมัร ได้ส่งไปให้อาบูมูซา อัลอัชอารีย์.

- ศาลอิสลามวางอยู่บนรากฐานแห่งความศรัทธา

ระบบศาลอิสลามมีหลักการที่วางอยู่บนรากฐานความเชื่อมั่นศรัทธาต่ออัลลอฮฺผู้ทรงเห็นและทรงรอบรู้ ทั้งในที่ลับและเปิดเผย ทรงเป็นผู้ยุติธรรมยิ่งในการตัดสินและกำหนดผลตอบแทนแก่มนุษย์ในโลกหน้าอันนิรันดร์ การที่ศาลอิสลามมีรากฐานอยู่บนหลักการศรัทธาส่งผลให้กระบวนการศาลทั้งระบบสัมพันธ์อยู่กับการศรัทธาทุกขั้นตอน นับตั้งแต่การคัดเลือกแต่งตั้งผู้พิพากษาของรัฐ การยื่นคำฟ้องของโจทย์ การพิจารณาคดีของผู้พิพากษา การอ้างพยานหลักฐาน การสาบานของจำเลย การทำคำพิพากษาของศาล ตลอดจนการบังคับคดีตามคำพิพากษา และอื่นๆ ทั้งนี้เพราะศาลอิสลามมีรากฐานคำสอนที่ผูกโยงกับความศรัทธาในทางศาสนาหล่อหลอมจิตใจของผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับศาลให้มีสำนึกยำเกรงต่ออัลลอฮฺ มุ่งขัดเกลาจิตใจและพฤติกรรมควบคู่ไปกับการปฏิบัติศาสนกิจ โดยถือว่าหลักการศรัทธาคือรากฐาน ส่วนการปฏิบัติในลักษณะต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นศาสนกิจ การพิพากษา หรือหน้าที่การงานตลอดจนกิจกรรมทั้งหลายในชีวิตประจำวันเป็นกิ่งก้านสาขา ทั้งหลักการศรัทธาและหลักปฏิบัติจึงต้องประสานประกอบกันอย่างแยกจากกันมิได้[1]

Shaltut[2] กล่าวว่า “อิสลามต้องประสานขึ้นระหว่างหลักการศรัทธา (อะกีดะฮฺ) กับหลักการปฏิบัติ (ชะรีอะฮฺ) โดยไม่อาจแยกสิ่งหนึ่งออกจากอีกสิ่งหนึ่งได้ หลักศรัทธาจะเป็นรากฐานขับเคลื่อนสู่การปฏิบัติ และการปฏิบัติจะเป็นผลตอบสนองการศรัทธา การรวมประสานระหว่างหลักทั้งสองเช่นนี้ เป็นหนทางสู่ความสำเร็จและความสงบสุขที่แท้จริง ”

- ศาลอิสลามผูกพันกับหลักจริยธรรม

ศาลอิสลามมีลักษณะเกี่ยวข้องผูกพันอยู่กับหลักจริยธรรมอิสลาม โดยผู้พิพากษาผู้ช่วยผู้พิพากษา โจทก์ จำเลย พยาน เจ้าพนักงานบังคับคดี และผู้เกี่ยวข้องทุกฝ่ายของศาลต้องดำรงตนอยู่บนหลักจริยธรรมอิสลาม กระบวนการทางศาลทุกขั้นตอนต้องดำเนินควบคู่ไปกับหลักจริยธรรม นับแต่การยื่นคำฟ้อง การพิจารณาคดี การซักถาม การทำคำพิพากษา การบังคับคดี และการคัดเลือกหรือแต่งตั้งผู้พิพากษา ตลอดจนการปฏิบัติต่อผู้ต้องหาหรือจำเลยในศาล หลักจริยธรรมอิสลามมีความกว้างขวางครอบคลุมแม้กระทั่งต่อศัตรูคู่พิพาทตลอดจนต่อศาสนิกอื่น

---

[1] Uthman, **al-Qadha fi al-Fiqh al-Islami**, (Tanta: al-Azhar al-Hadithah), 1992: 23-35.

[2] Shaltut, **Al-Islam ‘Aqidahwa Shariah**, 13th ed. (Cairo: Dar al-Shuruq), 2001, 22.

- ศาลอิสลามมีจุดมุ่งหมายสูงสุดเพื่อความยุติธรรม

ศาลอิสลามยังมีลักษณะโดดเด่นในด้านการพิทักษ์รักษาความยุติธรรมระหว่างมวลมนุษย์ ซึ่งถือเป็นจุดมุ่งหมายหลักเหนือสิ่งใด มุ่งสร้างความยุติธรรมที่แท้จริงโดยไม่แบ่งแยกระหว่างเด็กกับผู้อาวุโส คนยากจนกับคนร่ำรวย ผู้มีอำนาจกับราษฎรธรรมดา ผู้ชายกับผู้หญิง มุสลิมกับศาสนิกอื่น ในรัฐอิสลาม ไม่ว่าจะเป็นผู้ปกครองหรือผู้ใต้ปกครอง เป็นพลเมืองหรือชาวต่างชาติ ทุกคนจะได้รับความยุติธรรมเสมอกันโดยไม่มีการแบ่งแยก ดังมีตัวอย่างมากมายในสมัยท่านนบีมุฮัมมัดﷺ เช่น คดีลักทรัพย์ของสตรีเผ่าอัลมัคซูมียะฮฺ ดังกล่าวข้างต้น คำพิพากษาให้ชาวยิวเป็นฝ่ายชนะคดีในคดีที่มีข้อพิพาทระหว่างยิวกับมุสลิม และการตัดสินให้คืนกุญแจประตูอัลกะอฺบะฮฺแก่ชาวต่างศาสนิกในวันพิชิตมักกะฮฺ เหล่านี้เป็นแนวทางให้บรรดาผู้พิพากษามุสลิมจะต้องตัดสินคดีโดยมุ่งถึงความยุติธรรมเป็นสำคัญและเป็นตัวอย่างที่ดีเลิศในการพิทักษ์รักษาความถูกต้องและเป้าหมายหลักในอิสลามเพื่อพระเจ้า โดยปราศจากความหวั่นเกรงต่อข้อครหาใด ๆ จากมนุษย์

- ศาลอิสลามมีความเรียบง่ายไม่ซับซ้อน

ศาลอิสลามมีลักษณะพิเศษในด้านของขั้นตอนที่รวบรัดไม่หลากหลาย ขั้นตอนการดำเนินการต่าง ๆ ที่ยืดเยื้อไม่จำเป็นจะถูกขจัดออก กระบวนการทางคดีจึงมีเพียงสองช่วงที่สำคัญ คือเกิดข้อพิพาทขัดแย้งระหว่างคู่กรณีขั้นตอนหนึ่ง และการฟ้องร้อง การพิจารณา การสืบพยานหลักฐาน และการทำคำพิพากษา อีกขั้นตอนหนึ่ง

- ศาลอิสลามเน้นความรวดเร็วในการพิพากษาคดี

ศาลอิสลามมีลักษณะพิเศษตามหลักการอิสลาม คือ ต้องมีความรวดเร็วในการดำเนินกระบวนพิจารณาคดี ให้พิจารณาทันทีที่มีการยื่นฟ้อง ต้องไม่มีการถ่วงเวลาดำเนินการไม่ว่ากรณีใดๆ โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร และจะต้องทำคำพิพากษา ยุติข้อพิพาทขัดแย้ง คืนสิทธิให้แก่ผู้เป็นเจ้าของที่แท้จริงทันทีที่สามารถดำเนินการได้โดยไม่ชักช้า ซึ่งจะเป็นประโยชน์ในการสร้างความยุติธรรมและความเสมอภาคแก่ทุกฝ่ายทั้งส่วนบุคคลและสังคมอย่างไรก็ตาม การกำหนดให้ต้องรีบเร่ง รวดเร็วในที่นี้ มิได้หมายความว่าศาลจะต้องทำการพิพากษาโดยมุ่งเน้นแต่จะให้เสร็จเร็วๆ ตรงกันข้ามศาลต้องมีความละเอียดรอบคอบ ไม่มักง่าย และต้องศึกษา วิเคราะห์รอบด้าน ตลอดจนขอคำปรึกษาต่อผู้เชี่ยวชาญตามความเหมาะสมเพื่อความยุติธรรมและถูกต้อง

2.5.2.2 ผู้พิพากษาในระบบกฎหมายอิสลาม

มะญัลละฮฺอัลอะหฺกามอัลอัดลียะฮฺ[1] (ประมวลบทบัญญัติยุติธรรม) มาตรา 1875 บัญญัติว่าผู้พิพากษา หมายถึง “บุคคลที่ได้รับการมอบหมายแต่งตั้งจากเคาะลีฟะฮฺ อิหม่าม หรือสุลต่าน เพื่อให้ทำการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีและระงับข้อพิพาทขัดแย้งที่เกิดขึ้นระหว่างคู่กรณีตามหลักกฎหมายอิสลาม”

ดังนั้น ผู้พิพากษาในระบบศาลอิสลามจึงมีลักษณะสำคัญ 2 ประการ คือ เป็นผู้ได้รับแต่งตั้งจากเคาะลีฟะฮฺหรือผู้นำสูงสุดของรัฐอิสลาม และเป็นผู้มีหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีและระงับข้อพิพาทขัดแย้งตามหลักกฎหมายอิสลาม ซึ่งมีหลักเกณฑ์เกี่ยวกับคุณสมบัติ การคัดเลือกแต่งตั้ง อำนาจหน้าที่ การกำกับควบคุม และการพ้นจากตำแหน่งหน้าที่ ดังต่อไปนี้

ก) คุณสมบัติของผู้พิพากษาในระบบกฎหมายอิสลาม

คุณสมบัติของผู้พิพากษาในระบบศาลอิสลาม ต้องเป็นมุสลิมหรือเป็นผู้นับถือศาสนาอิสลาม เป็นผู้บรรลุศาสนภาวะ มีสติสัมปชัญญะ เป็นอิสระชน เป็นผู้ชาย มีคุณธรรมสูงส่ง มีความสามารถในการวิเคราะห์วินิจฉัย และมีกายสัมผัสสมบูรณ์ ดังจะกล่าวในรายละเอียดโดยสังเขป ดังต่อไปนี้

(1) เป็นมุสลิม บรรดานักนิติศาสตร์อิสลามมีความเห็นสอดคล้องกันว่าผู้พิพากษาจะต้องเป็นมุสลิม เพราะอำนาจหน้าที่ในการพิพากษาคดีเป็นอำนาจทางการปกครองที่มีความสำคัญยิ่ง คำพิพากษาของศาลมีผลผูกพันบังคับคู่ความในคดี ด้วยเหตุนี้ในอาณาจักรอิสลามไม่เป็นที่อนุมัติให้ผู้ที่ไม่ใช่มุสลิมทำการพิพากษาคดีพิพาทระหว่างมุสลิม เพราะกระบวนการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีจะต้องดำเนินตามกฎหมายอิสลามซึ่งมีหลักศรัทธาเป็นหัวใจสำคัญ[2]

อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติกลุ่มประเทศอาหรับปัจจุบันบางประเทศละเลยเงื่อนไขข้อนี้โดยมีการแต่งตั้งบุคคลที่มิใช่มุสลิมเป็นผู้พิพากษา เพียงแต่อำนาจในการพิจารณาพิพากษาของผู้พิพากษาที่ไม่ใช่มุสลิมนั้น จำกัดอยู่แต่เฉพาะในคดีอื่นนอกเหนือจากคดีครอบครัว

---

[1] มะญัลละฮฺอัลอะหฺกามอัลอัดลียะฮฺ: เป็นประมวลบทบัญญัติกฎหมายอิสลามภาคมุอามะลาต ถูกตราขึ้นใช้ในยุคออตโตมาน โดยยึดถือตามแนวมัซฮับหะนะฟีย์เป็นหลัก ตั้งแต่ลักษณะซื้อขาย การเช่า การจำนำจำนอง และนิติกรรมสัญญาอื่นๆ ดำเนินการยกร่างเป็นประมวลกฎหมายโดยคณะกรรมการซึ่งประกอบด้วยบรรดานักนิติศาสตร์อิสลามที่มีชื่อเสียงเป็นที่ยอมรับในสมัยนั้น เมื่อปี ฮ.ศ. 1286 (ค.ศ. 1874) เสร็จสิ้นและประกาศใช้เมื่อ ปี ฮ.ศ. 1293 ในประเทศตุรกีซึ่งเป็นศูนย์กลางของอาณาจักรออตโตมานและแคว้นอื่นๆ ที่อยู่ภายใต้การปกครอง

[2] Al-Kasani, **Badi-i'e al-Sana-i'e fi Tartib al-Shara-i'e**, (Beirut: Dar al-Kitab al-'Arabi), 1982, 3; Al-Hattaab, **Mawahib al-Jalil li Sharh Mukhtasar al-Khalil** 6, (S.l.: Al-Sa-adah), 1987 : 87.

และมรดก[1] ทั้งนี้ โดยเปรียบเทียบกับการเป็นพยาน ซึ่งปวงปราชญ์เห็นพ้องต้องกันว่าอนุญาตให้รับฟังการเป็นพยานของคนต่างศาสนิกในคดีระหว่างมุสลิมได้ จึงไม่ควรปฏิเสธการเป็นผู้พิพากษาของเขา[2] แต่การเปรียบเทียบหรือกิยาสระหว่างการพิพากษากับการเป็นพยานนั้น เป็นการกิยาสที่ขัดกับหลักทั่วไปของการกิยาส เนื่องจากมีข้อแตกต่างระหว่างการพิพากษากับการเป็นพยานจึงไม่เป็นที่ยอมรับในทัศนะของนักวิชาการส่วนใหญ่

(2) เป็นผู้บรรลุศาสนภาวะ บรรดานักนิติศาสตร์อิสลามมีความเห็นสอดคล้องกันว่าผู้พิพากษาจะต้องเป็นเป็นผู้บรรลุศาสนภาวะ ดังนั้นจึงไม่อนุมัติให้แต่งตั้งเด็กหรือผู้เยาว์เป็นผู้พิพากษา แม้จะมีความเดียงสาและมีสติปัญญาเฉียบแหลมก็ตาม เนื่องจากเด็กหรือผู้เยาว์เป็นผู้หย่อนความสามารถ ต้องอาศัยผู้ปกครองดูแลจึงย่อมไม่อาจปกครองผู้อื่นรวมถึงการพิพากษา[3] ในระบบศาลอิสลาม ผู้พิพากษาจึงต้องบรรลุศาสนภาวะโดยไม่กำหนดว่าจะต้องมีอายุเท่าใด แต่ถ้าหากผู้ปกครองหรือเคาะลีฟะฮฺเห็นสมควรว่า จะต้องกำหนดอายุเป็นเงื่อนไขสำหรับผู้ที่จะดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาก็ย่อมกระทำได้ ไม่ถือเป็นสิ่งต้องห้าม ทั้งนี้ การกำหนดดังกล่าวนั้นจะต้องกระทำไปเพื่อประโยชน์ส่วนรวม

(3) เป็นผู้มีสติสัมปชัญญะบรรดานักนิติศาสตร์อิสลามมีความเห็นสอดคล้องกันว่า ผู้พิพากษาจะต้องเป็นผู้มีสติปัญญาสมบูรณ์ เพราะในการพิพากษาผู้พิพากษาจะต้องมีความตระหนักรู้ ซึ่งความตระหนักรู้นี้จะมีได้ก็ต่อเมื่อบุคคลมีสติสัมปชัญญะสมบูรณ์แล้ว ยิ่งกว่านั้นนักปราชญ์บางท่าน เช่น อัลมาวัรดีย์[4]จากมัซฮับชาฟิอีได้กำหนดเป็นเงื่อนไขว่า ผู้พิพากษาไม่เพียงแต่จะต้องมีสติสัมปชัญญะสมบูรณ์เท่านั้น แต่จะต้องมีปัญญาเป็นเลิศหรือพิเศษกว่าคนปกติธรรมดา กล่าวคือต้องมีไหวพริบปฏิภาณ มีความฉลาดหลักแหลม มีความปราดเปรื่อง ซึ่งจะทำให้สามารถมองเห็นปัญหาและแก้ไขให้ลุล่วงได้ และต้องไม่เป็นคนขี้หลงลืม[5] เป็นเงื่อนไขที่สอดคล้องกับทัศนะของมัซฮับมาลิกีย์ แต่ขัดแย้งกับความเห็นของนักปราชญ์ส่วนใหญ่[6]

(4) เป็นเสรีชน คุณสมบัติตามข้อนี้ปวงปราชญ์นิติศาสตร์อิสลามได้กำหนดไว้ในยุคที่ยังมีทาส เนื่องจากตำแหน่งผู้พิพากษาเป็นตำแหน่งทางตุลาการที่มีอำนาจการปกครองแฝง

---

1 Abdulnasir, **Nazariah al-Hukm al-Qadha-I fi al-Shariah al-Islamiah**. (Al-Urdun: Dar al-Nafais), 2000: 128 – 129.

2 Madkur, op.cit., 39.

3 Al-Samnani, **Raudhah al-Qudahwa Tariq al-Najah** 1, (Beirut: Dar al-Furqan), 1984 : 52.

4 อัลมาวัรดีย์ : เป็นปราชญ์มัซฮับชาฟิอีย์มีความเชี่ยวชาญทางด้านฟิกฮฺ ตัฟซีร และวรรณกรรม ส่วนหนึ่งจากผลงานด้านตำราของท่าน คือ อัลอะหฺกามอัสสุลฏอนียะฮ์, อัลวิซาเราะฮ์. เสียชีวิตในปี ฮ.ศ. 540.

5 Al-Sharbini, **Mughni al-Muhtaj**, 4, (Beirut: Dar al-Fikr), 1997: 375.

6 Abdulnasir, op.cit., 133 – 134.

ซ่อนอยู่ในตัว ผู้ที่เป็นทาสอยู่ภายใต้การปกครองของผู้อื่นย่อมไม่อาจมีอำนาจปกครองบุคคลใดจึงไม่อยู่ในฐานะที่จะดำรงตำแหน่งใด ๆ ในทางตุลาการ ปวงปราชญ์มีความเห็นสอดคล้องกัน[1]

(5) เป็นผู้ชาย คุณสมบัติของผู้พิพากษาในข้อนี้เป็นเงื่อนไขที่ปวงปราชญ์มีความเห็นขัดแย้งกันในรายละเอียดค่อนข้างมาก อาจกล่าวโดยสรุปเป็น 2 ทัศนะ ได้แก่

ทัศนะแรก เป็นทัศนะของปวงปราชญ์ส่วนใหญ่ จากมัซฮับมาลีกีย์ ชาฟิอีย์ หันบะลีย์ และบางท่านจากมัซฮับหะนะฟีย์[2] มีความเห็นว่า ผู้พิพากษาจะต้องเป็นชายและไม่อนุมัติให้แต่งตั้งสตรีเป็นผู้พิพากษา หากเคาะลีฟะฮฺฝ่าฝืนโดยการแต่งตั้งสตรีเป็นผู้พิพากษาเคาะลีฟะฮฺจะมีความผิด (บาป) และสตรีผู้รับตำแหน่งผู้พิพากษาก็จะมีความผิดด้วยเช่นเดียวกัน และหากเธอได้ทำการพิพากษา คำพิพากษานั้นก็จะไม่มีผลบังคับตามกฎหมาย

ทัศนะที่สอง เป็นทัศนะของอิบนุญะรีร อัฏเฏาะบะรี อิบนุหัซมฺ และอิบนุอัลกอสิมซึ่งมีความเห็นว่า คุณสมบัติความเป็นชายมิใช่เงื่อนไขของผู้พิพากษา เพราะการพิพากษามีลักษณะเหมือนกับการฟัตวา และการฟัตวาไม่มีเงื่อนไขว่า ผู้ทำการฟัตวา (มุฟตี) จะต้องเป็นผู้ชาย ดังนั้นการพิพากษาก็เช่นเดียวกัน จึงเป็นที่อนุมัติให้สตรีเป็นผู้พิพากษาได้ ไม่ว่าในคดีเกี่ยวกับทรัพย์สินหรือคดีอื่น ๆ รวมทั้งในทางแพ่งและอาญา และ นอกจากนั้น อิบนุหัซมฺ ยังได้อ้างหลักการกิยาสเปรียบเทียบการพิพากษากับหิสบะห์ ซึ่งเป็นตำแหน่งทางตุลาการประเภทหนึ่งซึ่งปรากฏหลักฐานในประวัติศาสตร์ว่าท่านเคาะลีฟะฮฺ อุมัร อิบนุอัลค็อฏฏอบ ได้ทำการแต่งตั้งสตรีนามว่า “อุมมุชชิฟาอฺ” เพื่อปฏิบัติหน้าที่ตุลาการศาลหิสบะห์นี้[3]

(6) เป็นผู้มีคุณธรรมสูงส่ง บรรดานักปราชญ์กฎหมายอิสลามส่วนใหญ่มีความเห็นว่าผู้พิพากษาต้องมีคุณสมบัติเป็นผู้มีคุณธรรมสูงส่งหรือในภาษาอาหรับเรียกว่า อัลอะดาละฮฺ ซึ่งในที่นี้หมายถึง คุณธรรมที่สามารถหักห้ามตัวเองจากการประพฤติปฏิบัติในสิ่งที่เป็นบาปใหญ่และการไม่ประพฤติปฏิบัติในสิ่งที่เป็นบาปเล็กสม่ำเสมอ พร้อมทั้งห่างไกลจากสิ่งที่จะทำให้เกิดความด่างพร้อย[4] ฉะนั้นผู้ที่ขาดคุณธรรมอันสูงส่ง เช่น คนฟาสิค (คนประพฤติเสเพล) ย่อมไม่มีสิทธิได้รับแต่งตั้งเป็นผู้พิพากษาตามความเห็นของปวงปราชญ์ส่วนใหญ่ และหากมีการแต่งตั้งก็จะ

---

1 Al-Kasani, op. cit., 3.

2 Al-Dusuqi and al-Jabir op. cit., 129; Al-Haitami, **Tuhfah al-Muhtaj bi Sharh al-Minhaj** 4,(S.l.: al-Wahbah), 1865: 263; Burhanuddin, **Mubd'i fi Sharh al-Muqonn'a** 10, (Damuscus: al-Maktab al-Islami), 1980: 19 ; Al-Mawardi, **Al-Ahkham al-Sultaniahwa al-Wilayat al-Diniah**. (Al-Kuwait: Dar Ibn Qutaibah), 1989: 65.

3 Ibn Hazm, **Al-Muhalla** 10, (Cairo : Idara al-Tiba'ah al-Muniriah), 1930b, 631.

4 Al-Qurtubi, **Al-Jam'i li Ahkam al-Quran** 3, (Beirut: Al-Risalah), 2006a, 396.

เป็นการแต่งตั้งที่ไม่ชอบ หากมีการพิพากษา คำพิพากษานั้นก็จะไม่มีผลบังคับ แม้ว่าจะสอดคล้องกับหลักชะรีอะฮ์ก็ตาม[1]

ในขณะที่นักปราชญ์มัซฮับหะนะฟีย์มีทัศนะว่า การมีคุณธรรมอันสูงส่ง *"อะดาละห์"* ไม่ถือเป็นเงื่อนไขสำคัญในการแต่งตั้งเป็นผู้พิพากษา แต่เป็นเงื่อนไขที่พึงกระทำเพื่อความสมบูรณ์ยิ่งขึ้นเท่านั้น ตามทัศนะนี้จึงสามารถแต่งตั้งบุคคลฟาสิค (คนเสเพล) เป็นผู้พิพากษาได้ แม้จะเป็นการไม่สมควรก็ตาม และการพิพากษาของเขาย่อมมีผลบังคับ ตราบใดที่ไม่ขัดแย้งกับบทบัญญัติอิสลาม

(7) เป็นผู้รอบรู้สามารถวิเคราะห์วินิจฉัย ความสามารถในการวิเคราะห์วินิจฉัย (อัลอิจญติฮาด) หมายถึง "ศักยภาพในการวิเคราะห์วินิจฉัยหุกมฺหรือข้อกำหนดทางศาสนาจากหลักฐานต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องในบทบัญญัติอิสลาม"[2] กล่าวคือ ต้องมีความรู้อย่างถ่องแท้เกี่ยวกับบทบัญญัติแห่งอัลกุรอานและสุนนะฮฺ มีความรู้ภาษาอาหรับอย่างดี มีความรู้เกี่ยวกับทัศนะและคำกล่าวต่าง ๆ ของบรรดาเศาะหาบะฮฺ[3] และตาบิอีน[4] มีความรู้เกี่ยวกับมติเอกฉันท์ของปวงปราชญ์ (อิจญฺมาอฺ) และมีความแตกฉานเกี่ยวกับการกิยาส เป็นต้น[5]

ปวงปราชญ์กฎหมายอิสลามมีทัศนะที่แตกต่างกันในการกำหนดคุณสมบัติข้อนี้ของผู้พิพากษา กล่าวโดยสรุปเป็นสองทัศนะ คือ

ทัศนะแรก เป็นทัศนะของปวงปราชญ์ส่วนใหญ่จากมัซฮับมาลิกีย์ มัซฮับชาฟิอีย์ มัซฮับหันบะลีย์ และมุฮัมหมัด อิบนุอัลหะซันจากมัซฮับหะนะฟีย์[6] ซึ่งมีความเห็นว่า ผู้พิพากษาจะต้องมีความรู้และสามารถวิเคราะห์วินิจฉัย (อัลอิจญติฮาด) เพราะการพิพากษามีความสำคัญยิ่งกว่าการฟัตวา ซึ่งในการฟัตวานั้นไม่อนุญาตให้แต่งตั้งนักฟัตวาจากปุถุชนที่ไม่มีความรู้ถึงระดับดังกล่าว ฉะนั้นในการพิพากษาจึงจำเป็นที่จะต้องคัดเลือกแต่งตั้งผู้พิพากษาที่มีความรู้อย่างลึกซึ้งในระดับที่สามารถวิเคราะห์วินิจฉัยด้วยตนเองได้ จึงไม่เป็นการอนุมัติให้แต่งตั้ง

---

1 Al-Hattaab, op. cit., 86 ; Al-Haitami, op. cit., 263.

2 Al-Zuhaili, **Usul al-Fiqh al-Islami** 2, (Damascas: Dar al-Fikr), 1998b : 1066.

3 เศาะฮาบะฮฺ ในทางภาษาหมายถึง สหาย หรือ เพื่อนผู้ใกล้ชิด ในทางวิชาการอิสลาม หมายถึง บรรดาศรัทธาชนผู้มีความใกล้ชิดกับท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ รวมไปถึงบรรดาผู้ที่แม้อาจมิได้อยู่ใกล้ชิดกับท่านก็ตาม แต่ก็ได้เห็นการกระทำและได้ยินคำพูดของท่าน

4 ตาบิอีน ในทางภาษาหมายถึง บุคคลหรือสิ่งที่ติดตามผู้อื่นหรือสิ่งอื่น ในทางวิชาการอิสลามหมายถึง บรรดาศรัทธาชนที่ได้พบเห็นกับเศาะฮาบะฮฺของท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ

5 Al-Samnani, op. cit., 54 – 55; Ibn Qudamah, **Al-Mughni** 11, (Beirut: Dar al-Fikr),1984b : 383.

6 Al-Hattaab, op. cit., 88; Al-Ramli, **Nihayah al-Muhtaj** 8, (Cairo: Mustafa al-Babi al-Halabi), 1967: 226; Ibn Qudamah, **Al-Mughni** 11, 382.

บุคคลที่ไม่มีความสามารถในการอิจญติฮาดเป็นผู้พิพากษา และความหมายอิจญติฮาดในที่นี้หมายถึง “อัลอิจญติฮาดอัลมุฏลัค”[1] ไม่ใช่เพียงแค่ “อัลอิจญติฮาดอัลมัซฮับ”[2] หรือ “อิจญติฮาดฟัตวา”[3] แต่ในภาวะจำเป็นไม่มีบุคคลที่มีคุณสมบัติเป็นมุจญ์ตะฮิดมุฏลัค นักปราชญ์ส่วนใหญ่ในทัศนะนี้มีความเห็นว่าอนุญาตให้แต่งตั้งผู้พิพากษาที่มีคุณสมบัติเป็นมุจญ์ตะฮิดมัซฮับหรือมุจญ์ตะฮิดฟัตวาก็ได้ ตามลำดับ หรือแม้กระทั่งผู้ที่ไม่มีความสามารถในการวิเคราะห์วินิจฉัยหรืออิจญติฮาดก็ได้ ในกรณีเช่นนี้ ผู้ได้รับการแต่งเป็นผู้พิพากษา จะต้องพิจารณาพิพากษาคดีโดยอาศัยคำฟัตวาของนักปราชญ์ท่านอื่น

ทัศนะที่สอง เป็นทัศนะของนักปราชญ์ส่วนใหญ่จากมัซฮับหะนะฟีย์และบางท่านจากมัซฮับมาลิกีย์ มีทัศนะว่า ความสามารถในการวิเคราะห์วินิจฉัยหรือการอิจญติฮาดนั้นไม่ถือเป็นเงื่อนไขของผู้พิพากษา เพราะผู้พิพากษาสามารถชี้ขาดตัดสินโดยอาศัยคำฟัตวาของบรรดานักปราชญ์ท่านอื่น เมื่อเป้าหมายของการแต่งตั้งผู้พิพากษาก็เพื่อขจัดความขัดแย้ง ฉะนั้นหากความขัดแย้งยุติลงได้ แม้ด้วยคำฟัตวาของผู้อื่น ก็ถือว่าบรรลุวัตถุประสงค์ จึงเป็นที่อนุญาต แต่อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ถ้าหากมีผู้มีความรู้ที่สามารถวิเคราะห์วินิจฉัยหรือมุจญ์ตะฮิด ตามทัศนะนี้ก็มีความเห็นว่า สมควรพิจารณาผู้นั้นก่อนในการแต่งตั้งเป็นผู้พิพากษา[4]

(8) เป็นผู้มีกายสัมผัสสมบูรณ์ คุณสมบัติของผู้พิพากษาตามข้อนี้ คือ เป็นผู้มีกายสัมผัสสมบูรณ์ “กายสัมผัส” ในที่นี้ หมายถึง การพูด การมองเห็น และการได้ยิน ปวงปราชญ์มัซฮับหะนะฟีย์ มัซฮับมาลิกีย์ ส่วนใหญ่จากมัซฮับชาฟิอีย์ และส่วนใหญ่จากมัซฮับหันบะลีย์[5] มีความเห็นสอดคล้องกันว่า ผู้พิพากษาจะต้องเป็นผู้ที่มีกายสัมผัสสมบูรณ์ กล่าวคือต้องไม่ใช่คนใบ้

---

1 อัลอิจญติฮาดอัลมุฏลัค หมายถึงความสามารถในการวิเคราะห์วินิจฉัยหุกมฺ หรือข้อกำหนดทางศาสนาในทุกๆ ด้าน และทุกกรณี ไม่ว่าเรื่องศาสนกิจ ธุรกรรม นิติกรรมสัญญา ครอบครัว มรดก คดีปัญหาทางแพ่งทางอาญา และอื่น ๆ ผู้ที่มีคุณสมบัติดังกล่าวนี้ เช่น เศาะฮาบะฮฺ อิหม่ามของมัซฮับต่าง ๆ ที่แพร่หลาย อาทิ อิหม่ามหะนะฟีย์ อิหม่ามมาลิกีย์ อิหม่ามชาฟิอีย์ และอิหม่ามฮันบาลีย์ เป็นต้น

2 อัลอิจญติฮาดอัลมัซฮับ หมายถึงความสามารถในการหยั่งรู้หุกมฺ หรือข้อกำหนดทางศาสนาในกรณีที่ไม่มีรายงานระบุชัดเจนถึงข้อกำหนดดังกล่าวจากอิหม่ามผู้นำมัซฮับ โดยอาศัยแนวทาง วิธีการ และกฎเกณฑ์ที่ได้กำหนดและสืบต่อมาอิหม่ามผู้นำมัซฮับ ผู้ที่มีคุณสมบัติดังกล่าวนี้ เช่น อิบนุอัลกอสิมมัซฮับมาลิกีย์ อิบนุอัลฮุมามมัซฮับหะนะฟีย์ และอันนะวะวีย์ในมัซฮับชาฟิอีย์ เป็นต้น

3 อิจญติฮาดฟัตวา หมายถึง ความสามารถในการให้น้ำหนัก(ตัรญีหฺ)ระหว่างทัศนะต่าง ๆ ของอีหม่าม หรือทัศนะของอีหม่ามกับสานุศิษย์ หรือระหว่างทัศนะของบรรดาอิหม่ามมัซฮับต่าง ๆ เช่น บรรดานักวิชาการและนักเขียนของมัซฮับต่าง ๆ เป็นต้น

4 Al-Kasani, op. cit., 3.

5 Al-Kasani,ibid, 3 ; Al-Hattaab, op. cit., 99; Al-Ramli, op. cit., 226; Burhanuddin, op. cit., 19-20.

หูหนวก หรือตาบอด เพราะคนใบ้ไม่สามารถจะสื่อสารกับผู้อื่นให้เข้าใจได้ส่วนคนหูหนวกก็ไม่สามารถรับรู้คำพูดหรือข้อโต้แย้งของคู่ความได้ และคนตาบอดก็ไม่สามารถรู้จักโจทก์และจำเลยได้ เป็นต้น

ข) กระบวนการคัดเลือกแต่งตั้งผู้พิพากษาในระบบกฎหมายอิสลาม

บรรดานักปราชญ์กฎหมายอิสลามได้กล่าวถึงการแต่งตั้งผู้พิพากษาว่า เป็นความจำเป็น (วาญิบ) ที่เคาะลีฟะฮฺจะต้องเลือกเฟ้นคนดี มีความพร้อม และมีคุณสมบัติครบถ้วนตามเงื่อนไขที่กำหนดและเหมาะสมที่จะดำรงตำแหน่งผู้พิพากษา โดยเคาะลีฟะฮฺอาจสืบทราบถึงคุณสมบัติเหล่านั้นด้วยตนเองโดยการปรึกษาหารือ หรือสอบถามผู้อื่นเมื่อแน่ใจว่าผู้นั้นเป็นผู้มีคุณสมบัติครบถ้วนแล้วจึงทำการแต่งตั้ง เช่น กรณีการแต่งตั้ง มุอาซ อิบนุญะบัล[1] และบุคคลอื่น ๆ ของนบีมุฮัมมัดﷺ และการแต่งตั้งกะอ์อิบนุ เซาดะห์ ของท่านเคาะลีฟะฮฺอุมัร เป็นต้น ล้วนแต่เป็นบุคคลที่เป็นที่รู้จักแพร่หลาย และเป็นที่ยอมรับในความรู้ความสามารถและความฉลาดปราดเปรื่องทั้งสิ้น[2]

การแต่งตั้งผู้พิพากษาจึงอาจกระทำได้โดยการแต่งตั้งจากเคาะลีฟะฮฺโดยตรง หรือโดยการประกาศรับสมัคร ซึ่งในกรณีที่มีการประกาศรับสมัครนี้ ผู้ที่มีคุณสมบัติครบถ้วนควรจะต้องเข้าแสดงความจำนง หากผู้เข้าแสดงความจำนงมีจำนวนเกินกว่าเป้าหมายที่ต้องการ เคาะลีฟะฮฺหรือหากิมจะทำการคัดเลือกบุคคลที่มีความเหมาะสมที่สุด โดยปราศจากการลำเอียงเพราะพวกพ้องญาติมิตรหรือผลประโยชน์ใดๆ และไม่อนุญาตให้แต่งตั้งบุคคลซึ่งไม่เป็นที่รู้จักหรือชายนิรนามเป็นผู้พิพากษา[3]

ดังนั้น หากมีการกำหนดกฎระเบียบหรือหลักเกณฑ์ใดๆ สำหรับการคัดเลือกบุคคลที่มีคุณสมบัติเหมาะสมเป็นผู้พิพากษาย่อมเป็นสิ่งที่อนุมัติในระบบศาลอิสลาม โดยเฉพาะอย่างยิ่งในยุคปัจจุบันเพื่อให้สอดคล้องกับสภาพความเป็นจริง และสามารถทราบถึงคุณสมบัติของบุคคลได้อย่างละเอียดที่สุด เช่น การกำหนดคุณสมบัติของผู้ที่จะดำรงตำแหน่งผู้พิพากษานอกเหนือจากเงื่อนไขทั่วไปที่กำหนดในกฎหมายอิสลามแล้วจะต้องมีวุฒิบัตรหรือปริญญาบัตร

---

[1] มุอาซ อิบนุญะบัล : มุอาซ บุตรของญะบัล อัลอันศอรีย์ เกิดก่อนปี ฮ.ศ. 20 สิ้นชีวิต ปี ฮ.ศ. 18 (ค.ศ. 603 - 639) เข้ารับอิสลามตั้งแต่ยังหนุ่ม เป็นหนึ่งในหกท่านที่ทำการบันทึกอัลกุรอานในสมัยของท่านนบีมุฮัมมัด (ศ็อลลัลลอฮุอะลัยฮิวะสัลลัม) หลังจากสมรภูมิตะบูกท่านนบีได้ส่งเขาไปเป็นผู้พิพากษา ณ เมืองเยเมน พร้อมส่งสาส์นไปถึงชาวเยเมนว่า “เราได้ส่งบุคคลที่ดีเลิศของเราไปยังพวกท่าน”

[2] Ibn Qudamah, **Al-Mughni** 9, (Beirut: Dar al-Fikr), 1984a , 38.

[3] Al-Hattaab op. cit., 121.

รับรองความสำเร็จการศึกษาและประสบการณ์ หรือกำหนดให้มีการสอบคัดเลือก หรืออื่นๆ ตามความเหมาะสม หรือตามที่เคาะลีฟะฮฺหรือผู้นำเห็นสมควร[1]

อนึ่ง การสมัครเข้ารับการคัดเลือกของบุคคลที่เห็นว่าตนมีความเหมาะสมและมีคุณสมบัติครบถ้วนตามเงื่อนไข นักนิติศาสตร์อิสลามบางท่านมีความเห็นว่าไม่เป็นการแสวงหาอำนาจหรือตำแหน่งที่ต้องห้ามในอิสลามแต่อย่างใด หากแต่เป็นสิ่งที่ควรกระทำเพื่อตอบสนองเจตนารมณ์ของเคาะลีฟะฮฺหรือผู้ปกครองสูงสุด ในการเลือกเฟ้นบุคคลที่เหมาะสมที่สุดและเที่ยงธรรมที่สุด ให้ทำหน้าที่ประสาทความยุติธรรมบนผืนแผ่นดิน ด้วยการยื่นใบสมัครกรอกข้อมูลส่วนตัวที่จำเป็นและชีวประวัติ เพื่อเป็นส่วนประกอบในการพิจารณาคัดเลือกผู้พิพากษา นอกจากนั้นภายหลังจากที่มีคำสั่งแต่งตั้งแล้วเคาะลีฟะฮฺควรจัดให้ผู้พิพากษากล่าวคำปฏิญาณตน ให้การอบรมและแนะนำเพื่อเป็นแนวทางในการพิพากษาอรรถคดีเหมือนเช่นที่ท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ และบรรดาเคาะลีฟะฮฺได้เคยปฏิบัติไว้

นอกจากนั้น ผู้พิพากษาอาจมาจากการเลือกตั้งของประชาชนในท้องถิ่น โดยประชาชนเป็นผู้เสนอชื่อและคัดเลือกโดยตรง หรือผู้มีคุณสมบัติเหมาะสมเสนอตัวเองเพื่อรับการคัดเลือก แล้วแต่กรณี ดังนั้น การเลือกตั้งผู้พิพากษาจึงไม่ใช่เรื่องแปลกในระบบกฎหมายอิสลาม เช่น อัลบุวัยฏีย์ กล่าวว่า “อิบนุฏอฮิรได้สั่งให้ชาวเมืองทุกคน (บุคคลชั้นแนวหน้า) เข้าร่วมประชุม ผู้คนก็พากันเข้าร่วมรวมทั้งตัวฉันด้วย แล้วเขาได้ประกาศแจ้งว่า “ความจริงการที่เราได้สั่งให้พวกท่านพากันมาร่วมชุมนุมก็เพื่อให้พวกท่านทั้งหลายได้คัดเลือกผู้พิพากษาสำหรับพวกท่าน”[2]

ค) อำนาจหน้าที่ของผู้พิพากษาในระบบกฎหมายอิสลาม

โดยทั่วไปอำนาจหน้าที่ของผู้พิพากษาในระบบกฎหมายอิสลาม คือ การพิจารณาพิพากษาคดีและการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทขัดแย้งเท่านั้น ส่วนการที่ผู้พิพากษาได้รับมอบหมายให้ทำหน้าที่อื่น ๆ ในบางยุคสมัยนอกเหนือไปจากนั้นขึ้นอยู่กับดุลพินิจของผู้ปกครองและความพร้อมของผู้พิพากษาว่ามีความเหมาะสมเพียงใด ผู้พิพากษาจึงอาจได้รับมอบหมายหน้าที่การงานอื่นนอกเหนือจากการพิจารณาพิพากษาอรรถคดี

Al-Mawardi[3]ได้กล่าวถึงอำนาจหน้าที่ของศาลอิสลามในยุคสมัยของท่านว่า ผู้พิพากษามีอำนาจหน้าที่ 10 ประการ ดังต่อไปนี้

---

1 Zaidan, **Al-Madkhal li Dirasah al-Shariah al-Islamiah**. (Alexandria: Dar ‘Umar bin khattab), 2001, 36.

2 Al-Qasimi, **Mahasin al-Tawil,** (Beirut: Dar Ihyaa al-Kutub al-‘Arabiah), 1992 , 126.

3 Al-Mawardi, op. cit., 67 – 68.

(1) ตัดสินกรณีพิพาทขัดแย้งไปตามพยานหลักฐาน หรือไกล่เกลี่ยให้คู่กรณียุติความขัดแย้งด้วยความพอใจกันของทั้งสองฝ่าย

(2) มอบสิทธิอันชอบธรรมให้กับผู้เป็นเจ้าของสิทธิอย่างบริบูรณ์ ภายหลังจากที่ทราบแน่ชัดถึงการเป็นเจ้าของสิทธิดังกล่าวด้วยการรับสารภาพ การยืนยันของพยาน หรือด้วยเหตุอื่นใดตามที่ระบุไว้ในหลักศาสนบัญญัติ

(3) มีอำนาจปกครองผู้ไร้ความความสามารถ เช่น ผู้วิกลจริต หรือเด็กที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะ และมีอำนาจปกครองในการพิทักษ์ทรัพย์แก่ผู้หย่อนความสามารถหรือถูกจำกัดสิทธิ เช่น ผู้ล้มละลาย เป็นต้น

(4) ดูแลทรัพย์สินที่เป็นสาธารณสมบัติ ทำนุบำรุงให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่บุคคลทั่วไป

(5) ดำเนินการตามพินัยกรรมที่ผู้ทำพินัยกรรมได้มอบหมายให้ โดยจะต้องอยู่ในขอบเขตที่ศาสนาอนุมัติ

(6) จัดการสมรสหญิงหม้ายกับผู้ที่เหมาะสมคู่ควรกับนาง เมื่อถูกทาบทามสู่ขอและไม่มีผู้ใดเป็นผู้ปกครอง

(7) พิพากษาโทษแก่ผู้ที่กระทำความผิดอย่างสาสม หากเป็นความผิดประเภทหักกุ้ลลอฮ์ (ความผิดต่อมหาชน/อาญาแผ่นดิน) สามารถดำเนินการได้ทันทีโดยมิจำต้องมีการฟ้องร้อง แต่ถ้าเป็นความผิดประเภทหักกุ้ลอาดัม (ความผิดต่อส่วนตัว) ศาลจะดำเนินการโดยปราศจากการฟ้องร้องจากผู้เสียหายมิได้

(8) กำกับ ติดตาม สอดส่อง ดูแลพฤติกรรมของผู้ที่อยู่ภายใต้การปกครองไม่ให้สร้างความเดือดร้อนหรือกีดขวางเส้นทางการสัญจรของผู้คน หรือสถานที่สาธารณะ อันเป็นการละเมิดสิทธิประโยชน์ของสาธารณชน

(9) ตรวจสอบเจ้าหน้าที่ ผู้สำเร็จราชการแทนที่ส่งไปทำหน้าที่ตามหัวเมืองต่างๆ หากพิจารณาแล้วพบว่ายังมีความพร้อมที่จะปฏิบัติหน้าที่ก็ให้ดำรงอยู่ในหน้าที่นั้นต่อไป และหากผู้ใดไม่เหมาะสม ก็ให้แต่งตั้งผู้ที่มีความเหมาะสมกว่าทำหน้าที่แทน

(10) ให้ความเป็นธรรมและความเสมอภาคในการชี้ขาดตัดสินคดีระหว่างผู้เข้มแข็งกับผู้อ่อนแอ ไม่ตัดสินคดีความตามอารมณ์หรือเอนเอียงเข้าข้างผู้มียศศักดิ์ อันจะนำไปสู่การอธรรมต่ออีกฝ่ายหนึ่ง

อนึ่ง กฎหมายอิสลามเป็นกฎหมายที่ได้ประทานมาจากอัลลอฮฺ ผู้พิพากษาในระบบศาลอิสลามจึงมีอำนาจหน้าที่ในการวิเคราะห์วินิจฉัยบทบัญญัติ เพื่อทราบความหมายที่แท้จริงและนำไปปรับกับข้อเท็จจริงแห่งคดี ผู้พิพากษาจึงไม่มีอำนาจกำหนดบทลงโทษขึ้นใหม่

นอกจากอยู่ในขอบข่ายเจตนารมณ์แห่งอัลกุรอานและสุนนะฮฺ และเท่าที่ได้รับมอบอำนาจดังกล่าวจากผู้ปกครองแห่งรัฐอิสลาม เช่น พิพากษาให้ลงโทษตะอฺซีร[1]ในความผิดบางประเภทที่ไม่ถูกกำหนดไว้โดยเฉพาะในอัลกุรอานหรือสุนนะฮฺได้ตามความเหมาะสม หรือที่เห็นสมควร เป็นต้น

ง) การพ้นจากตำแหน่งหน้าที่ของผู้พิพากษาในระบบกฎหมายอิสลาม

ผู้พิพากษาอาจพ้นจากตำแหน่งหน้าที่เมื่อตาย ขาดคุณสมบัติ ถูกให้ออกหรือถูกปลดจากตำแหน่งเนื่องจากมีความบกพร่องในการปฏิบัติหน้าที่ตามมัซฮับชาฟิอีและมาลิกี[2]หรือไม่มีความบกพร่องใด ๆ ในการปฏิบัติหน้าที่ตามเป็นทัศนะของมัซฮับหะนะฟีย์ ฎอฮิรีย์ และฮัมบาลีย์ เนื่องจากผู้พิพากษาได้รับการแต่งตั้งจากเคาะลีฟะฮฺหรือผู้นำสูงสุด ดังนั้นจึงเป็นอำนาจของผู้นำที่จะยกเลิกเพิกถอนการแต่งตั้งได้ตามความประสงค์[3] แต่บรรดานักปราชญ์อีกกลุ่มหนึ่งในมัซฮับเดียวกันนี้มีความเห็นว่า การแต่งตั้งผู้พิพากษาส่งผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะและสังคมส่วนรวม ดังนั้นเคาะลีฟะฮฺจึงไม่สามารถให้ออกได้โดยปราศจากความบกพร่อง เว้นแต่จะต้องมีเหตุผลอันสมควร เช่น มีบุคคลอื่นที่เหมาะสมมากกว่าเป็นต้น[4] นอกจากนั้น ผู้พิพากษาอาจพ้นจากตำแหน่งเมื่อเสร็จสิ้นการพิพากษาคดีที่ได้รับมอบหมาย หากได้รับมอบหมายแต่งตั้งเป็นผู้พิพากษาเฉพาะคดี[5] และอาจสิ้นสุดด้วยการลาออก เพราะการเข้ารับตำแหน่งไม่ได้หมายความว่าจะต้องอยู่ในตำแหน่งตลอดไป โดยหลักผู้พิพากษาเป็นเพียงผู้แทนของเคาะลีฟะฮฺ ดังนั้น ผู้แทนหรือตัวแทนย่อมมีสิทธิที่จะลาออกจากตำแหน่งเพื่อปลดเปลื้องภาระหน้าที่ที่ตนได้รับมอบหมายเมื่อใดก็ได้ตามหลักทั่วไปว่าด้วยเรื่องตัวแทน[6] อย่างไรก็ตาม ปวงปราชญ์มีทัศนะว่าผู้พิพากษาไม่ควรลาออกนอกจากในกรณีที่มีเหตุผลอันควร เช่น เจ็บป่วยหรือไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ด้วยเหตุผลใดๆ และถ้าหากการดำรงอยู่ในตำแหน่งจะเป็นผลดีและเป็นประโยชน์ต่อประชาชน การลาออกจากตำแหน่งก็ยิ่งไม่สมควรอย่างยิ่ง

---

1 โทษตะอฺซีร หมายถึง โทษที่มิได้ถูกกำหนดลักษณะหรือรูปแบบไว้โดยเฉพาะในอัลกุรอานและซุนนะฮฺ

2 Al-Ramli, op. cit., 226; Ibn Qudamah, **Al-Mughni** 9, 103 – 104.

3 Al-Kasani, op. cit., 16; Ibn Hazm, **Al-Muhalla** 9, (Cairo: Idara al-Tiba'ah al-Muniriah), 1930a: 435; Ibn Qudamah, **Al-Mughni** 9, 103 – 104.

4 Badawi, Ibrahim Abd al-'Aziz. **T'ayin al-Qadiwa 'Aawanih fi al-Islam Dirasah Muqaranah**. S.l.: s.n. 1996: 350.

5 Al-Kasani, op. cit., 16; Al-Zuhaili, **Al-Fiqh al-IslamiwaAdillatuh** 1, (Damascas: Dar al-Fikr), 1989, 496.

6 Al-Kasani, op. cit., 16.; Ibn Qudamah, **Al-Mughni** 9, 381.

2.5.2.3 ความอิสระและการกำกับควบคุมผู้พิพากษาในระบบกฎหมายอิสลาม

ความอิสระของผู้พิพากษา หมายถึง การปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาในการพิจารณาพิพากษาคดีตามความเห็นและดุลยพินิจของตนเองภายใต้กรอบแห่งบทบัญญัติอัลกุรอานและสุนนะฮฺโดยปราศจากอำนาจหรือปัจจัยใดมาบังคับหรือแทรกแซง ความอิสระของผู้พิพากษาในระบบกฎหมายอิสลามมีความสำคัญอย่างยิ่ง และผู้พิพากษาได้รับการคุ้มครองตลอดมาตั้งแต่ในยุคของท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ และในยุคหลังต่อมา เนื่องจากการพิพากษาในอิสลาม คือ การวินิจฉัยชี้ขาดของผู้พิพากษาตามบทบัญญัติแห่งอัลกุรอานและสุนนะฮฺต่อกรณีพิพาทต่างๆ ที่เกิดขึ้นโดยมีอำนาจบังคับคู่กรณีให้ปฏิบัติตามข้อวินิจฉัยชี้ขาดนั้น จึงไม่อนุญาตให้บุคคลใดหรืออำนาจใดเข้าแทรกแซงการดำเนินกระบวนพิจารณาพิพากษาคดีของศาล เพราะจะทำให้ศาลขาดความอิสระในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดี ซึ่งจะต้องกระทำด้วยความบริสุทธิ์ยุติธรรมตามบทบัญญัติแห่งอัลกุรอานและสุนนะฮฺ ดังปรากฏในอัลกุรอาน อัลลอฮฺตรัสไว้ความว่า

"และเมื่อพวกเจ้าได้ตัดสินระหว่างมนุษย์ พวกเจ้าก็จงตัดสินด้วยความยุติธรรม"[1]

ดังนั้น เคาะลีฟะฮฺในฐานะผู้นำแห่งรัฐ เมื่อได้แต่งตั้งผู้พากษาให้ปฏิบัติหน้าที่แทนตนไม่ว่าด้วยเหตุผลใด เคาะลีฟะฮฺจะต้องไม่ก้าวก่ายแทรกแซงหรือกระทำการใดที่ทำให้ผู้พิพากษาขาดความอิสระในการพิพากษาอรรถคดี เพราะมิฉะนั้น เคาะลีฟะฮฺเองจะกลายเป็นอุปสรรคต่อการประสาทความยุติธรรม และเป็นปฏิปักษ์ต่อบทบัญญัติแห่งอัลกุรอานข้างต้น แต่อย่างไรก็ตาม ผู้พิพากษายังคงต้องผูกพันกับรัฐหรือเคาะลีฟะฮฺในฐานะเป็นพนักงานเจ้าหน้าที่ซึ่งต้องอยู่ภายใต้การกำกับควบคุม อีกทั้งคู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดก็มีสิทธิที่จะร้องคัดค้านผู้พิพากษาในความไม่ถูกต้องหรือไม่ได้รับความเป็นธรรมเกี่ยวกับการพิจารณาพิพากษาอรรถคดี ผู้พิพากษาจึงอยู่กึ่งกลางระหว่างความมีอิสระกับการถูกกำกับควบคุมและถูกร้องคัดค้าน ดังต่อไปนี้

(1) การกำกับควบคุมผู้พิพากษาโดยเคาะลีฟะฮฺ ในระบบกฎหมายอิสลามถือเป็นการสมควรอย่างยิ่งสำหรับเคาะลีฟะฮฺหรือผู้ปกครอง ในอันที่จะได้สอดส่องติดตามการทำงานของบรรดาผู้พิพากษาและบรรดาผู้แทน ควรสำรวจตรวจสอบสำนวนการพิพากษาคดีต่างๆ และดูแลการทำงานของพวกเขา กิตติศัพท์ของพวกเขาในคำล่ำลือของปวงชน รวมทั้งสอบถามบรรดาผู้ที่ไว้วางใจได้เกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของพวกเขา ทั้งนี้ต้องไม่กระทบต่อความเป็นอิสระของผู้พิพากษา เพราะความมีอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษามิได้หมายความว่า ต้องปราศจากการควบคุมดูแลจากผู้บังคับบัญชา ผู้พิพากษาคือตัวแทนของเคาะลีฟะฮฺ ดังนั้นเคาะลีฟะฮฺจึงมีสิทธิ

---

[1] ความหมายอัลกุรอาน, อัลนิซาอฺ : 58.

ที่จะควบคุมดูแลตัวแทนผู้อยู่ภายใต้บังคับบัญชาของตน ซึ่งไม่ถือว่าเป็นการแทรกแซงก้าวก่ายหรือจำกัดความอิสระของผู้พิพากษาในการปฏิบัติหน้าที่ เมื่อผู้พิพากษาต้องปฏิบัติหน้าที่ของตนคือการพิพากษาอรรถคดี เคาะลีฟะฮฺก็ปฏิบัติหน้าที่ของเคาะลีฟะฮฺคือการควบคุมผู้พิพากษา แต่ละฝ่ายต่างได้ปฏิบัติหน้าที่ของตัวเองโดยไม่ขัดแย้งกัน และในบางยุคเคาะลีฟะฮฺได้มอบอำนาจหน้าที่นี้ให้กับหัวหน้าผู้พิพากษาสูงสุด (กอฎีอัลกุฎอต)[1]

(2) การกำกับควบคุมผู้พิพากษาโดยการร้องคัดค้านของคู่ความ การควบคุมโดยรัฐหรือเคาะลีฟะฮฺเพียงฝ่ายเดียวอาจไม่บรรลุถึงวัตถุประสงค์ เพราะไม่อาจติดตามตรวจสอบในทุกขั้นตอนการทำงานหรือทุกอิริยาบทของผู้พิพากษาได้ ในระบบศาลอิสลามจึงกำหนดให้มีการควบคุมโดยคู่ความแห่งคดี โดยวิธีการร้องคัดค้านผู้พิพากษาเมื่อปรากฏว่าตนไม่ได้รับความเป็นธรรมในทางคดี เช่น ร้องว่าผู้พิพากษามีส่วนได้เสียในคดี มีความลำเอียง ผู้พิพากษาเคยมีเรื่องบาดหมางกับตนมาก่อน หรือเป็นญาติกับคู่พิพาทของตน และอื่นๆ ที่อาจส่งผลกระทบต่อการพิพากษาคดี โดยยื่นคำร้องคัดค้านต่อเคาะลีฟะฮฺหรือผู้ได้รับมอบหมายจากเคาะลีฟะฮฺแล้วแต่กรณี เนื่องจากนักปราชญ์กฎหมายอิสลามส่วนใหญ่มีความเห็นว่า เป็นหน้าที่ของผู้พิพากษาที่จะต้องไม่ทำการพิพากษาในคดีที่ตนเป็นผู้มีส่วนได้เสีย หรือบิดามารดาของตน หรือบุตรหลานของตนเป็นผู้มีส่วนได้เสีย เป็นต้น[2]

2.5.2.4 การดำเนินกระบวนพิจารณาคดีของศาลอิสลาม

เมื่อมีคดีพิพาทเกิดขึ้นและคู่กรณีไม่สามารถปรองดองกันได้ ฝ่ายผู้เสียหายก็จะต้องนำความไปฟ้องต่อศาลเพื่อให้ศาลพิพากษาชี้ขาดตามคำฟ้อง และตนจะได้รับการชดใช้ค่าเสียหายตลอดจนลงโทษอีกฝ่ายหนึ่งในฐานะผู้ละเมิดหรือกระทำความผิด และถ้าหากคำฟ้องมีความถูกต้องสมบูรณ์ตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไข ให้ศาลเรียกอีกฝ่ายหนึ่งมาศาล เมื่อโจทก์และจำเลยมาอยู่เบื้องหน้าศาลแล้ว ให้ผู้พิพากษาดำเนินการต่อคู่พิพาททั้งสองฝ่ายอย่างเท่าเทียมกันทั้งในด้านคำพูดและการกระทำ อาทิ ให้ทั้งสองนั่งลงเบื้องหน้าผู้พิพากษาเสมอกัน และนั่งในสภาพสงบและเปี่ยมด้วยมรรยาท อัลมาวัรดีย์ กล่าวว่า **“สถานที่พิจารณาของผู้พิพากษาศาลแตกต่างจากสถานที่ประชุมพิจารณาของผู้อื่น ในประการที่สถานที่พิจารณาของผู้พิพากษานั้น จะต้องจัดให้มี**

---

1 Ibn Farhun, **Tabsirah al-Hukkam fi ‘Usul Aqdhiyahwa Manahij al-Ahkam**, 1, (Beirut : Dar al-Kutub al-Ilmiah) , n.d, 77.

2 Al-Kasani, op. cit., 7; Al-Zuhaili, **Al-Fiqh al-Islamiwa Adillatuh** 6. (Damascas: Dar al-Fikr) 1989b : 496.

ความเสมอภาคกันระหว่างสองฝ่าย ทั้งในแง่ของที่นั่ง การเหลียวมอง การพูดจา ไม่มีฝ่ายใดพิเศษกว่าอีกฝ่ายหนึ่งในการจัดลำดับ การมองดู หรือการพูดคุย"[1]

ก่อนการพิจารณาพิพากษาคดี ให้ผู้พิพากษาทำการไกล่เกลี่ยความขัดแย้งระหว่างคู่กรณีทุกวิถีทางให้ถึงที่สุด เพื่อให้ทั้งสองฝ่ายตกลงประนีประนอมยอมความกัน ด้วยการให้ข้อคิดตักเตือนด้วยคำพูดที่นุ่มนวลมีเหตุผลแก่ทั้งสองฝ่าย และให้ความสำคัญในการรับฟังความจากทั้งสองฝ่ายอย่างเท่าเทียมกัน โดยมิให้ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดรู้สึกว่าผู้พิพากษาลำเอียงเข้าข้างอีกฝ่ายหนึ่ง ทั้งนี้เพราะการสิ้นสุดของคดีด้วยการประนีประนอมระหว่างโจทก์กับจำเลย ย่อมส่งผลให้ทั้งสองฝ่ายกลับคืนดี มีความรักและเข้าใจกันมากกว่าการสิ้นสุดลงด้วยคำพิพากษาของศาล

หลังจากนั้น ก่อนที่ผู้พิพากษาจะเริ่มซักถามฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด ผู้พิพากษาควรให้ข้อคิดและเตือนสติคู่ความทั้งสองฝ่ายให้ระวังการพูดเท็จ หลีกเลี่ยงการให้การอันเป็นเท็จหรือกล่าวหากันโดยปราศจากมูลความจริง เพราะนั่นเป็นความชั่วที่ร้ายแรงและจะต้องถูกพิพากษาโทษอย่างเจ็บแสบยิ่งในโลกอาคิเราะฮฺ การเริ่มต้นของผู้พิพากษาในลักษณะเช่นนี้จะทำให้ผู้ที่กำลังสับสนได้สติ และผู้ที่กำลังกังวลคลายความกังวลและมีกำลังใจ และจะทำให้ทุกฝ่ายได้ตระหนักถึงความสัตย์เป็นสำคัญตลอดการดำเนินการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล ดังเช่นที่ปรากฏในสุนนะฮฺของท่านนบี ความว่า

> **"พวกท่านขัดแย้งกันมาหาฉัน โดยที่ความจริงฉันเป็นเพียงปุถุชนคนหนึ่ง และบางทีบางคนจากพวกท่านอาจจะมีเล่ห์เหลี่ยมในการนำสืบพยานหลักฐานได้ดีกว่าอีกคนหนึ่ง แล้วฉันก็จะตัดสินไปตามสิ่งที่ฉันได้ยินจากเขา ดังนั้น บุคคลใดที่ฉันตัดสินให้เขาได้รับสิทธิในสิ่งใดๆ ของพี่น้องของเขา เขาจงอย่าได้เอามันไปสักสิ่งเดียว เพราะแท้ที่จริงฉันได้ตัดชิ้นส่วนชิ้นหนึ่งจากไฟนรกให้แก่เขา"** จากนั้นทั้งสองคนได้สำนึกผิด พากันร้องไห้และให้อภัยแก่และกัน[2]

เมื่อเสร็จสิ้นการตักเตือนดังกล่าวข้างต้น และคู่ความไม่ยอมประนีประนอมระหว่างกัน ผู้พิพากษาก็จะเริ่มสอบถามโจทก์เกี่ยวกับคำฟ้อง เนื่องจากโจทก์เป็นผู้เรียกร้อง จึงต้องเริ่มต้นจากฝ่ายที่เรียกร้อง[3] หากปรากฏว่าคำฟ้องของโจทก์ยังมีข้อบกพร่อง คลุมเครือหรือไม่สมบูรณ์ตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไข ผู้พิพากษาก็จะสั่งให้โจทก์ไปแก้ไขคำฟ้องใหม่ ถ้าหากสำนวน

---

[1] Al-Mawadrdi. **Adab Al-qadi** 1. 250.

[2] ความหมายหะดีษบันทึกโดยมุสลิม. เศาะฮีฮมุสลิม. หะดีษเลขที่ 4427.

[3] Al-Qasimi, Dhafir. **Nidramulhukm fi Al-Shariahwa-Attarik Al-Islami.** 2.499.

คำฟ้องถูกต้องสมบูรณ์ตามเงื่อนไขแล้ว ผู้พิพากษาก็สามารถดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไป[1] โดยการซักถามผู้ถูกฟ้องหรือจำเลย ในการซักถามจำเลยผู้พิพากษาอาจซักถามว่า จำเลยจะรับสารภาพหรือปฏิเสธคำกล่าวอ้างในฟ้องของโจทก์ หรือจะแก้ต่างคำฟ้องของโจทก์อย่างไรหรือไม่ เมื่อกระบวนการพิจารณามาถึงขั้นตอนนี้ จำเลยยังคงมีสิทธิที่จะร้องขอสำเนาคำฟ้องต่อศาล เพื่อที่จะอ่านทำความเข้าใจอีกครั้งก่อนตอบคำถามต่อศาล และเมื่อจำเลยได้อ่านสำนวนคำฟ้องอย่างละเอียดถี่ถ้วนแล้ว คำตอบของจำเลยอาจจะมีลักษณะกรณีหนึ่งกรณีใดในสามกรณีคือ จำเลยยอมรับตามคำฟ้องของโจทก์ จำเลยปฏิเสธคำฟ้องของโจทก์ หรือจำเลยนิ่งเฉยไม่แสดงการยอมรับหรือปฏิเสธใด ๆ ทั้งสิ้น ซึ่งคำตอบของจำเลยในแต่ละลักษณะนั้นมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาพิพากษาดังนี้

(1) หากจำเลยยอมรับสารภาพตามคำฟ้องของโจทก์ ศาลก็จะมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้ดำเนินการไปตามการรับสารภาพของจำเลย

(2) หากจำเลยปฏิเสธคำฟ้องของโจทก์ ผู้พิพากษาจะต้องให้โจทก์นำพยานหลักฐานมายืนยัน หากโจทก์มีพยานหลักฐานอยู่แล้วในขณะนั้น ก็สามารถขออนุญาตแสดงพยานหลักฐานที่นำมาต่อศาล ถ้าโจทก์ไม่มีหลักฐานและขอเลื่อนเวลาออกไปเพื่อนำพยานหลักฐานมาแสดง ศาลก็ต้องให้เวลาตามสมควร และไม่ว่าโจทก์จะนำพยานหลักฐานมายืนยันในขณะนั้นหรือหลังจากที่ศาลยืดระยะเวลาให้ ถ้าหากจำเลยไม่สามารถโต้แย้งพยานหลักฐานของโจทก์ หรือมีข้อโต้แย้งแต่ไม่มีน้ำหนักเพียงพอที่จะหักล้างพยานโจทก์ ศาลก็จะพิพากษาให้โจทก์ชนะคดีและให้จำเลยดำเนินการไปตามที่โจทก์ร้องขอในคำฟ้อง

อนึ่ง ในกรณีที่โจทก์ไม่มีพยานหลักฐานมายืนยันคำฟ้อง ผู้พิพากษาจะต้องสอบถามโจทก์ว่า ประสงค์จะให้จำเลยสาบานหรือไม่ และเมื่อจำเลยทำการสาบานต่อศาลตามความประสงค์ของโจทก์แล้ว ศาลก็จะพิพากษายกคำฟ้องของโจทก์ แต่ถ้าจำเลยไม่ยอมสาบาน ศาลก็ย่อมที่จะให้โจทก์ทำการสาบานและพิพากษาให้โจทก์ชนะคดี และให้จำเลยดำเนินการไปตามคำฟ้อง

ในกรณี ถ้าหากโจทก์ขอให้จำเลยสาบานและจำเลยก็ทำการสาบานแล้ว เช่นนี้ย่อมทำให้โจทก์ไม่มีสิทธิที่จะขอนำพยานหลักฐานใด ๆ มาแสดงได้อีก เว้นแต่ในกรณีที่จำเลยสาบานเท็จ และได้มารับสารภาพในภายหลัง อิบนุ หัซมฺ กล่าวว่า “ในกรณีนี้โจทก์จะกลับมามีสิทธิในการอ้างพยานหลักฐานเพิ่มเติมอีกครั้ง แล้วผู้พิพากษาก็จะพิจารณาคดีไปตามคำฟ้องของโจทก์”[2]

---

[1] Zaidan, Abd al-Karim. **Al-Madkhal li Dirasah al-Shariah al-Islamiah.** 2001.119.

[2] Ibn Hazm, Abu Muhammad ‘Ali bin Ahmad bin Sa’id. Al-Muhalla. 9. Cairo: Idara al-Tiba’ah al-Muniriah. 1930a.: 371.

(3) กรณีจำเลยนิ่งเฉยไม่แสดงการยอมรับหรือปฏิเสธ ศาลจะถือว่าจำเลยยอมแพ้คดีหรือรับสารภาพยังไม่ได้ แต่จะต้องให้มีการสาบานของโจทก์ก่อน ดังนั้น ศาลจะต้องให้โจทก์สาบานเพื่อยืนยันคำฟ้อง แล้วศาลจะพิจารณาตัดสินไปตามคำฟ้องของโจทก์ประกอบด้วยการสาบาน[1]

การพิจารณาคดีระหว่างโจทก์และจำเลย การรับฟังคำฟ้อง การอ้างพยานหลัก-ฐาน การแก้ต่าง ตลอดจนการมีคำสั่งและการพิพากษาคดีหลังจากกระบวนการพิจารณาเสร็จสิ้นลงดังกล่าวมาข้างต้นทั้งหมดนั้น ต้องดำเนินการอย่างเปิดเผย กล่าวคือบุคคลทั่วไปสามารถเข้ารับฟังรับทราบการพิจารณาพิพากษาได้โดยไม่มีการกีดกัน[2]อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีถ้าหากผู้พิพากษาเห็นสมควรจะให้มีการพิจารณาคดีโดยลับและไม่อนุญาตให้ผู้ที่ไม่เกี่ยวของเข้าร่วมรับฟังก็ได้[3]

2.5.2.5 การอุทธรณ์ฎีกาในระบบศาลอิสลาม

การพิพากษาคดีในระบบศาลอิสลามโดยทั่วไปมีเพียงชั้นเดียว สำเร็จเด็ดขาดหรือถึงที่สุดโดยไม่มีการอุทธรณ์หรือฎีกาไปยังศาลอุทธรณ์และศาลฎีกา ทั้งนี้เพื่อความรวดเร็วในการประสาทความยุติธรรมแก่คู่กรณี แต่อย่างไรก็ตาม ถ้าหากเพื่อกลั่นกรองความถูกต้องและเพื่อความยุติธรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่งในยุคที่ขาดแคลนผู้พิพากษาที่มีความรอบรู้อย่างแท้จริง และสำนึกแห่งคุณธรรมของประชาชนเสื่อมถอยลง ย่อมไม่มีข้อห้ามแต่อย่างใดในหลักนิติศาสตร์อิสลาม หากจะเป็นผลดีและส่งเสริมให้มีการจัดระบบศาลให้มีหลายชั้น ดังปรากฏหลักฐานสนับสนุนจากสุนนะฮฺของท่านนบีมุฮัมมัด ศ็อลลัลลอฮุอะลัยฮิวะสัลลัม และแนวปฏิบัติที่เคยเกิดขึ้นในอดีตบางยุคสมัยดังนี้

1) หลักฐานการปฏิบัติของท่านอาลี อิบนุอะบีฏอลิบ[4] ที่ได้ทำการพิพากษาคดีหนึ่งในขณะที่ได้รับมอบหมายให้เป็นผู้พิพากษาประจำอยู่เมืองเยเมน โดยได้ยินยอมให้คู่ความทั้งสองฝ่ายสามารถอุทธรณ์คำพิพากษาต่อท่านนบีได้ ถ้าหากไม่พอใจคำพิพากษาที่ท่านอาลีได้ตัดสิน

---

1 Muhammad Rafat Utman, **al-Qadha fi al-fiqhi Islamin**. d. 125. Zaidan, Abd al-Karim. **Al-Madkhal li Dirasah al-Shariah al-Islamiah**. 2001.120-121.

2 Zaidan, Abd al-Karim. **Al-Madkhal li Dirasah al-Shariah al-Islamiah**. 2001. 121. Al-Samnani,. **Raudhah al-Qudahwa Tariq al-Najah**. 1. 1984,134.

3 Al-Samnani,. op. cit., 67–68.

4 อาลี อิบนุอะบีฏอลิบ : อาลี บุตรของอะบีฏอลิบ อัลฮาชิมีย์ อัลกุรอชีย์ เกิด ณ มักกะฮฺก่อนปี ฮ.ศ. 23 เสียชีวิต ปี ฮ.ศ. 40 (ค.ศ. 600 - 661) เป็นหนึ่งในเศาะฮาบะฮฺทั้งสิบที่ได้รับแจ้งข่าวดีว่าจะได้เข้าสวรรค์ สมรสกับท่านหญิงฟาฏิมะฮฺ บุตรสาวของท่านนบีมุฮัมมัด ศ็อลลัลลอฮุอะลัยฮิวะสัลลัม ต่อมาได้รับสัตยาบันให้เป็นเคาะลีฟะฮฺท่านที่ 4 ถัดจากเคาะลีฟะฮฺอุษมาน อิบนุอัฟฟาน

ต่อมาทั้งสองจึงได้เดินทางไปพบท่านนบีเพื่ออุทธรณ์ และท่านนบีจึงได้ยืนยันรับรองคำพิพากษาของอาลี และถือเป็นการรับรองการปฏิบัติดังกล่าวของท่านอาลีในการอนุญาตให้อุทธรณ์ด้วยโดยปริยาย[1]

2) ความตอนหนึ่งในสาส์นของท่านอุมัรที่ส่งไปยังอะบูมูซา อัลอัชอารีย์ "คำพิพากษาที่เจ้าได้พิพากษาไปแล้วเมื่อวันวานนั้น...มิได้มีผลหักห้ามเจ้าในอันที่เจ้าจะกลับสู่ความถูกต้องเที่ยงธรรม เพราะความเที่ยงธรรมนั้นมีมาแต่ดั้งเดิม การกลับสู่ความถูกต้องเที่ยงธรรมจึงย่อมดีกว่าการดื้อรั้นอยู่ในสิ่งโมฆะ"[2]

3) ปวงปราชญ์กฎหมายอิสลามได้กล่าวเกี่ยวกับการอนุญาตให้ยกเลิกเพิกถอนคำวินิจฉัยและยกเลิกคำพิพากษาของศาล จึงถือเป็นการยินยอมโดยปริยายให้มีการจัดระบบการศาลหลายชั้น และกำหนดเขตอำนาจของศาลในแต่ละชั้น การอุทธรณ์ฎีกาจึงเป็นการกระทำที่ไม่ขัดแย้งแต่ยังสอดคล้องกับทัศนะของปวงปราชญ์อิสลามในเรื่องที่เกี่ยวกับการยกเลิกคำพิพากษาของศาลหรือการคัดค้านคำพิพากษาในกรณีต่างๆ[3]

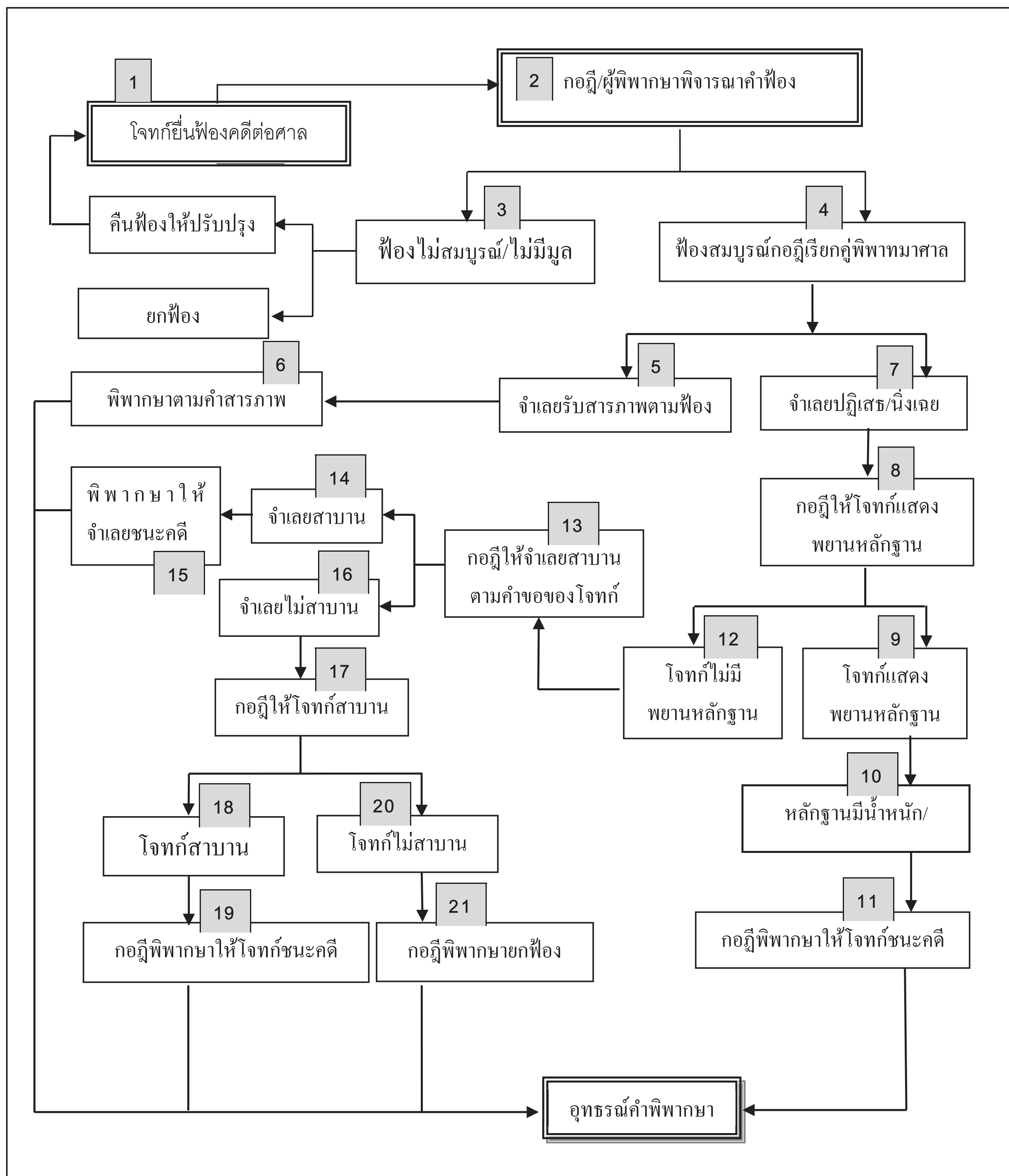
---

1 Wasil, Nasr Farid. **Al-Sultah al-Qadha-iahwanizamuh fi al-Islam**. Cairo: al-Tuafiqiah. 1403: 51-52.

2 Ibn Qaiyim. **'I-lam al-Muwaqqi'in**. 1 s.l. : Dar al-Jail. 1973. : 92.

3 Al-Zuhaili, Wahbah**. Al-Fiqh al-Islamiwa Adillatuh**, 6. Damascas: Dar al-Fikr. 1989b.: 755..

แผนภูมิที่ 2.1 แสดงขั้นตอนกระบวนการพิจารณาพิพากษาคดี



จากแผนภูมิข้างต้น การดำเนินกระบวนพิจารณาคดีในระบบศาลอิสลามเริ่มต้นด้วยการที่ฝ่ายโจทก์นำคดีฟ้องต่อศาล เพื่อให้ศาลพิพากษาชี้ขาดตามคำฟ้องให้ตนได้รับการชดใช้ค่าเสียหาย หรือให้ศาลสั่งตามคำขอของตนแล้วแต่กรณี โดยกอฎีหรือผู้พิพากษาจะต้องพิจารณาคำฟ้องว่า มีมูลและถูกต้องสมบูรณ์ตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขของการฟ้องหรือไม่ ถ้าหากไม่มีมูลหรือไม่มีอำนาจฟ้อง กอฎีก็สั่งยกฟ้อง แต่ถ้าหากคดีมีมูลแต่คำฟ้องมีความบกพร่องหรือไม่ชัดเจนเล็กน้อย กอฎีก็จะส่งคืนคำฟ้องให้โจทก์เพื่อทำการปรับปรุงแก้ไขให้ถูกต้อง ถ้าหากคำฟ้องมีความถูกต้องสมบูรณ์ กอฎีก็จะรับฟ้องและเรียกให้อีกฝ่ายหนึ่งมาศาล เมื่อโจทก์และจำเลยมาอยู่เบื้องหน้าศาลแล้ว ให้กอฎีปฏิบัติต่อคู่กรณีพิพาททั้งสองฝ่ายอย่างเท่าเทียมกัน และให้กอฎีทำการไกล่เกลี่ยประนีประนอมระหว่างคู่กรณีหรือมอบหมายผู้อื่นให้ทำการใกล่เกลี่ย เพื่อให้ทั้งสองฝ่ายตกลงประนีประนอมยอมความกัน หากทั้งสองฝ่ายยินยอม กอฎีก็จะพิพากษาตามยอม แต่ถ้าหากไม่สามารถประนีประนอมยอมความระหว่างกัน กอฎีจะดำเนินกระบวนพิจารณาคดีต่อไปโดยการเตือนทั้งฝ่ายโจทก์และฝ่ายจำเลยให้มีความสัจจริงตลอดการดำเนินคดี หลีกเลี่ยงความเท็จ มิฉะนั้นจะได้รับโทษทัณฑ์อันเจ็บปวดและแสนสาหัสยิ่งในวันกิยามัต

ต่อจากนั้นกอฎีหรือผู้พิพากษาจะทำการซักถามจำเลยว่า จำเลยจะรับสารภาพหรือปฏิเสธคำฟ้องของโจทก์ หรือจะแก้ต่างคำฟ้องอย่างไรหรือไม่ ถ้าหากจำเลยรับสารภาพกอฎีก็จะพิพากษาให้โจกท์ตามฟ้อง แต่ถ้าหากจำเลยปฏิเสธหรือนิ่งเฉย ไม่แสดงการยอมรับหรือปฏิเสธใด ๆ กอฎีก็จะซักถามโจทก์เกี่ยวกับพยานหลักฐานเพื่อยืนยันข้อเท็จจริงตามคำฟ้อง ถ้าหากโจทก์สามารถนำพยานหลักฐานมาแสดง และจำเลยไม่สามารถโต้แย้งพยานหลักฐานของโจทก์ หรือมีข้อโต้แย้งแต่ไม่มีน้ำหนักเพียงพอที่จะหักล้างพยานโจทก์ กอฎีก็จะพิพากษาให้โจทก์ชนะคดี และให้จำเลยดำเนินการตามกฎหมายหรือตามที่โจทก์ร้องขอในฟ้อง แต่ในกรณีที่โจทก์ไม่มีพยานหลักฐานมายืนยันคำฟ้อง ผู้พิพากษาจะต้องให้โจทก์ขอให้จำเลยสาบาน และเมื่อจำเลยทำการสาบานต่อศาลตามความประสงค์ของโจทก์แล้ว กอฎีก็จะพิพากษายกคำฟ้องของโจทก์ แต่ถ้าจำเลยไม่ยอมสาบาน ศาลก็จะเรียกให้โจทก์ทำการสาบานแทน และถ้าหากโจทก์ยอมทำการสาบาน กอฎีก็จะพิพากษาให้โจทก์ชนะคดี และให้จำเลยดำเนินการตามกฎหมายแก่โจทก์หรือตามที่โจทก์ขอไว้ในฟ้อง

เมื่อกอฎีได้มีคำพิพากษาให้โจทก์เป็นฝ่ายชนะคดี หรือพิพากษาให้ยกฟ้อง ถ้าหากโจทก์หรือจำเลยไม่พอใจในคำพิพากษาโจทก์หรือจำเลยก็สามารถร้องขอให้มีการพิจารณาใหม่หรือขออุทธรณ์คำพิพากษาของศาลต่อศาลอุทธรณ์เป็นลำดับต่อไป

บทที่3

การใช้กฎหมายอิสลามและองค์กรบริหารและพัฒนา
การใช้กฎหมายอิสลามในอดีต และปัจจุบัน

ในการทำความเข้าใจกฎหมายอิสลามในภาพรวม จำเป็นต้องทำความเข้าใจพัฒนาการของการใช้กฎหมายอิสลามและองค์กรบริหารและพัฒนาการใช้กฎหมายอิสลามในอดีตและปัจจุบัน เพื่อให้เกิดความเข้าใจเชิงเปรียบเทียบ โดยในอดีตเริ่มตั้งแต่ในยุคของท่านนบีมุฮัมมัดﷺ ยุคคุละฟาอุรรอชิดูน ยุคเคาะลีฟะฮฺสายสกุลอุมัยยะฮฺ ยุคเคาะลีฟะฮฺสายสกุลอับบาสและยุคออตโตมานอันเป็นแกนของรัฐอิสลามเสียก่อนส่วนในยุคปัจจุบัน เราอาจทำความเข้าใจเบื้องต้น เกี่ยวกับการใช้กฎหมายอิสลามในประเทศเพื่อนบ้านใกล้เคียงที่มีมุสลิมเป็นชนส่วนใหญ่ เช่นประเทศมาเลเซีย และประเทศที่มีมุสลิมเป็นชนส่วนน้อย เช่นประเทศฟิลิปปินส์ เป็นตัวอย่างประกอบกัน

3.1 การใช้กฎหมายอิสลามและองค์กรบริหารและพัฒนาการใช้กฎหมายอิสลามในอดีต

3.1.1 การใช้กฎหมายอิสลามและองค์กรบริหารและพัฒนาการใช้กฎหมายอิสลามในยุคของท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ[1]

3.1.1.1 การใช้กฎหมายอิสลามในยุคของท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ

การใช้กฎหมายอิสลามในยุคของท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ หมายถึง การนำบทบัญญัติแห่งอัลกุรอานโดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับกฎหมายมาปรับใช้กับตนเองของท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ และปรับใช้กับผู้อื่น ตลอดจนการอธิบายและเผยแผ่ให้กับบรรดาเศาะหาบะฮฺและบุคคลทั่วไป รวมทั้งการวิเคราะห์วินิจฉัยของท่านนบีมุฮัมมัดﷺ ต่อกรณีปัญหาบางประการที่ไม่มีบทบัญญัติจากอัลกุรอานโดยตรงดังนั้น การใช้กฎหมายอิสลามในยุคนี้จึงมี 2 ลักษณะ คือลักษณะแรก

---

[1] ยุคของท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ เริ่มตั้งแต่ได้รับการแต่งตั้งเป็นศาสนทูตก่อน ฮ.ศ. 13/ค.ศ. 610 กระทั่งเสียชีวิตในปี ฮ.ศ. 10/ค.ศ. 632 การใช้กฎหมายอิสลามในยุคของท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ เริ่มขึ้นตั้งแต่เมื่อท่านนบีได้รับโองการอัลกุรอานมาจากอัลลอฮฺ โดยผ่านมลาอิกะฮฺนามว่า “ญิบรีล” ตราบจนตลอดชีวิตของท่าน รวมระยะเวลาทั้งสิ้น 22 ปี 2 เดือน 22 วัน ยุคของท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ จึงเป็นยุคแห่งการบัญญัติและการวางรากฐานทางกฎหมายอิสลามที่สำคัญที่สุด

หมายถึง การอธิบายแจกแจงความหมาย การเผยแผ่ และการนำบทบัญญัติแห่งอัลกุรอานมาปฏิบัติและใช้บังคับกับข้อเท็จจริงเป็นรายกรณี และลักษณะที่สอง หมายถึงการบัญญัติกฎหมายตามเจตนารมณ์แห่งอัลลอฮฺดังมีรายละเอียดโดยสังเขป ต่อไปนี้

(1) การอธิบายเผยแผ่ และบังคับใช้โองการแห่งอัลกุรอาน

ท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ เป็นผู้รับโองการอัลกุรอานจากอัลลอฮฺ และเป็นผู้นำบทบัญญัติดังกล่าวมาปรับใช้แก่ตนเอง และประกาศใช้กับผู้อื่น ทั้งบุคคลในครอบครัวญาติมิตรและบุคคลทั่วไป ตามบัญชาแห่งอัลลอฮฺ เพื่อนำสาส์นแห่งพระองค์สู่มวลมนุษย์ ท่านนบีมุฮัมมัดﷺ เป็นผู้ดำรงตนอยู่ในครรลองแห่งอัลกุรอาน ทั้งจรรยามารยาท การพูดจา และการประพฤติปฏิบัติในทุกแง่มุมของชีวิตทั้งการปฏิบัติต่อตนเอง ต่อผู้อื่นและต่อพระเจ้า ครั้นเมื่อมีผู้ถามเกี่ยวกับจรรยามารยาทของท่านนบีมุฮัมมัดﷺ ท่านหญิงอาอิชะห์ กล่าวว่า **“ จรรยามารยาทของท่านก็คืออัลกุรอาน”**[1] คำกล่าวนี้มีนัยที่สะท้อนถึงการปรับใช้กฎหมายอิสลามของท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ กับตัวเองอย่างสมบูรณ์ที่สุด

ท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ มีหน้าที่โดยตรงที่จะต้องอธิบายแจกแจงโองการต่างๆ แห่งคัมภีร์อัลกุรอานให้กับบรรดาเศาะหาบะฮฺและมนุษยชาติ ดังปรากฏในอัลกุรอาน ความว่า

“และเราได้ให้อัลกุรอานแก่เจ้าเพื่อเจ้าจะได้ชี้แจง (ให้กระจ่าง)แก่มนุษย์ ซึ่งสิ่งที่ได้ถูกประทานมาแก่พวกเขาและเพื่อพวกเขาจะได้ไตร่ตรอง”[2]

ทั้งนี้ เนื่องจากโองการอัลกุรอานที่เกี่ยวกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายส่วนใหญ่จะกำหนดไว้เป็นหลักทั่วไปโดยไม่แจกแจงรายละเอียด เช่น อัลลอฮฺ ตรัสไว้เกี่ยวกับการรักษาสัญญา ความว่า

“บรรดาผู้ศรัทธาทั้งหลาย! จงรักษาบรรดาสัญญา ให้ครบถ้วนเถิด”[3]

เป็นบทบัญญัติที่ทรงรับสั่งให้รักษาสัญญาต่าง ๆ โดยไม่ได้แจกแจงรายละเอียดว่าสัญญาอะไรมีรายละเอียดเกี่ยวกับการรักษาอย่างไร ในเรื่องการห้ามดอกเบี้ยและอนุมัติการขาย อัลลอฮฺ ตรัสไว้ ความว่า

“และอัลลอฮฺทรงอนุมัติการค้าขายแต่ทรงห้ามเรื่องดอกเบี้ย”[4]

เป็นบทบัญญัติที่ทรงห้ามเรื่องดอกเบี้ยและอนุมัติเรื่องการค้าขาย โดยไม่ได้แจกแจงรายละเอียด เกี่ยวกับความหมายและประเภทของการค้าขายที่อนุมัติ เรื่องดอกเบี้ยก็เช่นเดียวกัน

---

1 ความหมายอัลหะดีษบันทึกโดยมุสลิม, เลขที่ 1233.

2 ความหมายอัลกุรอาน, อันนะหลฺ: 44.

3 ความหมายอัลกุรอาน, อันนิซาอฺ: 1.

4 ความหมายอัลกุรอาน, อัลบะเกาะเราะฮฺ: 275.

ไม่ได้ระบุรูปแบบและประเภทของดอกเบี้ย ดังนั้น จึงเป็นภาระหน้าที่ของท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ ที่จะต้องอธิบายเพิ่มเติม และแจกแจงรายละเอียดต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง และในขณะเดียวกันจะต้องทำการเผยแผ่ไปสู่มวลมนุษย์ทั้งหลาย ดังปรากฏในอัลกุรอาน ความว่า

"เราะสูลเอ๋ย !จงประกาศสิ่งที่ถูกประทานลงมาแก่เจ้าจากพระเจ้าของเจ้า และถ้าเจ้ามิได้ปฏิบัติเจ้าก็มิได้ประกาศสาส์นของพระองค์"[1]

ท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ จึงได้ทำการประกาศแนะนำครอบครัว ญาติมิตร และสังคมทั่วไปหันมาศึกษาและทำความเข้าใจอัลกุรอานเพื่อใช้เป็นแนวทางในการดำเนินชีวิต โดยมิได้ปิดบังไว้แม้แต่น้อย

การรายงานอัลกุรอานอย่างครบถ้วนสมบูรณ์สืบทอดต่อกันมา ตั้งแต่ยุคของท่านบีมุฮัมมัด ﷺ จนกระทั่งถึงปัจจุบันพร้อมด้วยคำอรรถาธิบายต่าง ๆ จากบรรดาเศาะหาบะฮฺที่ได้รับการอบรมสั่งสอนมากจากท่านนบี ﷺ ย่อมเป็นเครื่องบ่งชี้ว่าท่านนบี ﷺ ได้ใช้กฎหมายอิสลามในลักษณะของการอธิบายและเผยแผ่แล้วอย่างดียิ่ง และในการบังคับใช้ก็เช่นเดียวกัน หากมีการฝ่าฝืนบทบัญญัติอัลกุรอานหรือมีกรณีพิพาทเกิดขึ้น ท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ ก็ จะใช้บทบัญญัติแห่งอัลกุรอานเป็นบรรทัดฐานในการตัดสินและลงโทษ เช่น การตัดสินให้ลงโทษตัดมือสตรีผู้หนึ่งที่ลักขโมยทรัพย์สินของผู้อื่น การตัดสินให้ลงโทษปาก้อนหินแก่มะอิซ[2] เนื่องจากการกระทำผิดฐานผิดประเวณี การตัดสินให้ลงโทษเฆี่ยน ๘๐ ทีแก่ผู้กระทำผิดฐานใส่ร้ายผู้อื่นว่าผิดประเวณีการตัดสินให้เพิกถอนการสมรสที่ตัวหญิงถูกบังคับให้แต่งงานโดยปราศจากความยินยอม[3]เป็นต้น

(2) การบัญญัติกฎหมายตามเจตนารมณ์แห่งอัลลอฮฺ

การใช้กฎหมายอิสลามในยุคของท่านบีมุฮัมมัด ﷺ อีกลักษณะหนึ่ง คือการบัญญัติกฎหมายอิสลามตามเจตนารมณ์แห่งอัลลอฮฺ เป็นการบัญญัติกฎหมายอิสลามโดยนบีมุฮัมมัด ﷺ เป็นผู้วิเคราะห์วินิจฉัย ซึ่งมี 2 รูปแบบ คือรูปแบบแรก ท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ เป็นผู้กำหนดด้วยการกล่าวถ้อยคำของท่านนบีเองตามเจตนารมณ์แห่งอัลลอฮฺ บทบัญญัติที่กำหนดขึ้นในรูปแบบนี้เรียกว่า "อัลหะดีษอัลกุดซี"หมายถึง บทบัญญัติที่เป็นวจนะของท่านนบีแต่ความหมายเป็นสิ่งที่ถูก

---

1 ความหมายอัลกุรอาน, อัลมาอิดะฮฺ: 67.

2 มะอิซ บุตรของมาลิก เป็นเศาะหาบะฮฺท่านหนึ่ง กำพร้าบิดาตั้งแต่ยังเด็ก อาศัยอยู่กับครอบครัวของฮัซซาล ต่อมาได้กระทำผิดประเวณี ท่านฮัซซาล จึงได้แนะนำให้ไปพบท่านนบีมุฮัมมัด (ศ็อลลัลลอฮุอะลัยฮิวะสัลลัม) ท่านนบีจึงได้ตัดสินให้ลงโทษภายหลังที่เขาได้ยอมรับสารภาพ

3 Muhammad, Ibn Al-faraj, Al-Qurtubi Al-Maliki. **Aqdhiya Rasullulloh,** Beirut: Dar kitaab Al-arabi, 1426h, 61.

ประทานมาจากอัลลอฮฺคล้ายกับอัลกุรอาน แต่ต่างกันที่อัลหะดีษกุดซีไม่ต้องผ่านการสื่อสารของมลาอิกะฮฺ "ญิบรีล" และอัลกุรอานนั้นทั้งถ้อยคำและความหมายถูกประทานมาจากอัลลอฮฺ รูปแบบที่สอง เป็นการบัญญัติโดยท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ บัญญัติขึ้นตามเจตนารมณ์แห่งอัลลอฮฺเช่นเดียวกัน แต่ทั้งถ้อยคำและความหมายของบทบัญญัติมาจากท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ เองเรียกบทบัญญัติดังกล่าว-นี้ว่า "อัลหะดีษอัลนะบะวีย์"

หะดีษเกี่ยวกับบทบัญญัติทางกฎหมาย ไม่ว่า "อัลหะดีษอัลนบะวีย์ " หรือ "อัลหะดีษอัลกุดซี" ซึ่งมีเนื้อหาครอบคลุมทั้งกฎหมายส่วนสารบัญญัติและวิธีสบัญญัตินั้น ตามที่บรรดาผู้รายงานหะดีษได้รวบรวมไว้มีประมาณ 4500 หะดีษ เป็นหะดีษที่ท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ ได้อธิบายรายละเอียดและให้ความกระจ่างต่อตัวบทอัลกุรอานบางโองการได้ที่ถูกกล่าวไว้โดยรวม หรือเพื่อสนับสนุนและยืนยันบทบัญญัติในอัลกุรอาน[1] เช่น อัลลอฮฺทรงรับสั่งไว้ในอัลกุรอานให้ทำการละหมาด ให้จ่ายซะกาต ให้ประกอบพิธีฮัจญ์ และให้ถือศีลอดแต่ไม่ได้แจกแจงรายละเอียด ท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ จึงได้ทำการแจกแจงโดยกล่าวไว้ความว่า **"พวกท่านทั้งหลายจงละหมาดเสมือนดั่งที่พวกท่านเห็นฉันละหมาด"** และกล่าวว่า **"พวกท่านจงยึดเอาแบบอย่างไปจากฉันในการประกอบพีธีฮัจญ์ของพวกท่าน"** อัลกุรอานบัญญัติห้ามรวมหญิงสองพี่น้องในการแต่งงาน หมายถึงห้ามชายแต่งงานกับหญิงสองคนที่เป็นพี่น้องกัน ท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ ได้กล่าวห้ามเพิ่มเติม คือ ห้ามรวมหญิงที่เป็นน้ากับหลานกันในการแต่งงานกับผู้ชายคนเดียวกัน ซึ่งเป็นการวิเคราะห์วินิจฉัยของท่านนบีโดยอาศัยเหตุผลเดียวกันคือการที่จะทำให้เกิดความร้าวฉานต่อสายสัมพันธ์ทางเครือญาติ เป็นต้น[2]

การบัญญัติกฎหมายอิสลามในยุคนี้ จึงเป็นอำนาจแห่งอัลลอฮฺและท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ ในฐานะศาสนทูตแห่งพระองค์เท่านั้น ทำให้มีลักษณะเด่น คือความเป็นเอกภาพ กฎหมายอิสลามในยุคนี้ ไม่มีการขัดแย้งหรือความเห็นที่หลากหลายในเรื่องของหุกมฺทางศาสนบัญญัติ เพราะท่านนบีเพียงผู้เดียวเป็นผู้กำหนดและชี้ขาดในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายอิสลามกำหนดไว้โดยตรงในอัลกุรอาน และในยุคนี้ ไม่มีการบันทึกบทบัญญัติทางกฎหมายนอกจากบทบัญญัติที่เป็นโองการอัลกุรอานเท่านั้น และแม้จะมีการบันทึกแต่ก็มิได้ถูกรวบรวมไว้เป็นเล่มเหมือนเช่นในปัจจุบัน หากกระจัดกระจายอยู่กับบรรดาเศาะหาบะฮฺผู้ทำการบันทึก การใช้บทบัญญัติแห่งอัลกุรอานในยุคนี้ จึงต้องอาศัยการจดจำ เผยแผ่และบอกเล่าต่อ ๆ กันไป นอกจากนั้น การบัญญัติกฎหมายอิสลามในยุคนี้ เป็นการบัญญัติตามเหตุการณ์จริงที่เกิดขึ้นและบัญญัติตามความจำเป็น เพื่อสนองตอบความต้องการและเกิดประโยชน์ต่อปัจเจกบุคคลและสังคมส่วนรวม

---

1 Jad al-haqq, **al-Fiqh al-Islami Murunatuhwa Tatuawuatuh**,(Qahirah: al-Mushaf al-Sharif),1995 , 36-37.

2 Khallaf, **al-Sultat al-Thalath fi al-Islam : al-Tashrie' wa al-Qadhaawa al-Tanfiz**,14.

3.1.1.2 องค์กรบริหารและพัฒนาการใช้กฎหมายอิสลามในยุคของท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ

ท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ ในฐานะศาสนทูตแห่งอัลลอฮฺเป็นผู้ทรงไว้ซึ่งอำนาจสูงสุดแห่งรัฐทั้งในด้านนิติบัญญัติ บริหารและตุลาการ รวมทั้งการประกาศสัจธรรมอิสลามและการอธิบายปัญหาศาสนาหรือที่เรียกว่าการ "ฟัตวา" บรรดามุสลิมเมื่อได้ประสบเหตุการณ์หรือเกิดความขัดแย้งในระหว่างกันก็พากันไปหาท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ เพื่อสอบถามข้อสงสัยหรือขอคำตัดสินจากท่านแล้วแต่กรณี ท่านนบีก็จะอธิบายหรือตัดสินตามบทบัญญัติหรือวิวรณ์ที่ได้ถูกประทานมาจากอัลลอฮฺ หากไม่มีบทบัญญัติประทานลงมาท่านนบีก็จะอธิบายหรือตอบปัญหาโดยการวิเคราะห์วินิจฉัย (อิจญฺติฮาด) ด้วยตนเอง[1] ภายใต้บทบัญญัติและเจตนารมณ์แห่งอัลลอฮฺ โดยคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะและบางครั้งท่านนบีจะปรึกษาหารือบรรดาเศาะหาบะฮฺ[2] การใช้และการพัฒนากฎหมายอิสลามในยุคนี้ จึงอยู่ภายใต้การดำเนินการของท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ และบรรดาเศาะหาบะฮฺของท่าน ดังจะกล่าวโดยสังเขป ต่อไปนี้

(1) ท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ

การบริหารและพัฒนาการใช้กฎหมายอิสลามในยุคของท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ อยู่ในอำนาจของท่านนบี ซึ่งเป็นผู้ทรงอำนาจสูงสุดในการบริหารกิจการต่างๆ ท่านนบีเป็นผู้ประกาศสัจธรรม สร้างความเป็นธรรมและความถูกต้องในสังคมนครมะดีนะฮฺ ทำการเปลี่ยนแปลงความคิดความเชื่อและประเพณีที่งมงายซึ่งตกทอดมาจากยุคอนารยธรรม ด้วยวิธีอันล้ำเลิศในการเรียกร้องเชิญชวน แนะนำ และตักเตือนด้วยเหตุผลและปัญญา ดังปรากฏในอัลกุรอาน อัลลอฮฺตรัสไว้ความว่า

> **"จงเรียกร้องสู่แนวทางแห่งพระเจ้าของสูเจ้าโดยสุขุมและการตักเตือนที่ดี และจงโต้แย้งพวกเขาด้วยสิ่งที่ดีกว่า แท้จริงพระเจ้าของเจ้าทรงเป็นผู้รู้ดียิ่งถึงบรรดาผู้ที่อยู่ในทางที่ถูกต้อง"**[3]

---

1 Khallaf, **al-Sultat al-Thalath fi al-Islam : al-Tashrie' wa al-Qadhaawa al-Tanfiz,** (Kuweit : Dar al-Qalam li al-Nashrwa al-Tuazie'), 1985, 22.

2 Khallaf, **KhulasahTarikh al-Tashrie' al-Islami**, 18; Sharabnasi, **Al-Madhal li Al-Dirasah al-Fiqh al-Islami Tatauwuruh-Madarisuh-Masadiruh–Qawa-i'duh–Nazariyatuh, (**Al-Mansurah: Al-Amanah), 1981, 53.

3 ความหมายอัลกุรอาน, อันนะหลฺ : 125.

"และเราได้ให้อัลกุรอานแก่เจ้าเพื่อเจ้าจะได้ชี้แจง (ให้กระจ่าง) แก่มนุษย์ซึ่งสิ่งที่ได้ถูกประทานมาแก่พวกเขาและเพื่อพวกเขาจะได้ไตร่ตรอง[1]

ท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ เป็นตุลาการในการตัดสินข้อพิพาทต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นในยุคสมัยของท่าน โดยในช่วงแรกท่านนบีทำการพิจารณาพิพากษาแต่ผู้เดียว เนื่องจากเป็นอาณาจักรเล็กๆ ประกอบด้วยสมาชิกจำนวนไม่มากนัก สามารถปกครองดูแลได้อย่างทั่วถึง กรณีขัดแย้งต่าง ๆ จึงถูกนำมาสู่ท่านเพื่อการพิจารณาพิพากษา ในระยะนี้อำนาจตุลาการและการปรับใช้บทบัญญัติกับข้อเท็จจริงจึงอยู่ในอำนาจหน้าที่ของท่านนบีแต่เพียงผู้เดียว และตัดสินโดยยึดถืออัลกุรอานเป็นบรรทัดฐาน[2] ดังปรากฏในอัลกุรอานอัลลอฮฺตรัสแก่ท่านนบี ﷺ ความว่า

"แท้จริงเราได้ให้คัมภีร์ลงมาแก่เจ้าเป็นความสัจจริง เพื่อเจ้าจะได้ตัดสินระหว่างผู้คนด้วยสิ่งที่อัลลอฮได้ทรงให้เจ้ารู้เห็น และเจ้าจงอย่าเป็นผู้เถียงแก้ให้แก่ผู้บิดพลิ้วทั้งหลาย"[3]

"เจ้าจงตัดสินระหว่างพวกเขา(ยิว)ด้วยสิ่งที่อัลลอฮประทานลงมาเถิด และอย่าปฏิบัติตามอารมณ์ใฝ่ต่ำของพวกเขา"[4]

"และหากเจ้าตัดสิน ก็จงตัดสินระหว่างพวกเขาด้วยความยุติธรรม แท้จริงอัลลอฮนั้นทรงรักบรรดาผู้ที่มีความยุติธรรม"[5]

ในการพิจารณาพิพากษาของท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ เป็นการสร้างหลักเกณฑ์วิธีการและขั้นตอนต่าง ๆ มากมายเกี่ยวกับวิธีสบัญญัติ เช่น ท่านนบีกำหนดให้ทำการตัดสินด้วยพยานหลักฐาน มิได้ตัดสินตามคำกล่าวอ้างหรืออาศัยวิวรณ์จากพระเจ้าเท่านั้น นับเป็นการวางแนวทางด้านตุลาการให้กับบรรดาเศาะหาบะฮฺสามารถดำเนินการพิพากษาได้ภายหลังจากยุคของท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ ท่านนบีได้กล่าวไว้เป็นหลักทั่วไปในเรื่องนี้ ความว่า

---

1 ความหมายอัลกุรอาน, อันนะหฺลุ: 44.

2 Khallaf, **al-Sultat al-Thalath fi al-Islam : al-Tashrie' wa al-Qadhaawa al-Tanfiz**, 19.

3 ความหมายอัลกุรอาน, อันนิซาอฺ: 105.

4 ความหมายอัลกุรอาน, อัลมาอิดะฮฺ: 48.

5 ความหมายอัลกุรอาน, อัลมาอิดะฮฺ: 42.

“หากมนุษย์ได้รับการตัดสินให้ด้วยเพียงการฟ้องแล้ว แน่แท้คนทั้งหลายต่างก็พากันฟ้องซึ่งกันและกัน ทั้งในเรื่องเลือดเนื้อและทรัพย์สิน แต่พยานเป็นหน้าที่ของฝ่ายโจทก์ และการสาบานเป็นหน้าที่ของฝ่ายจำเลย” [1]

ดังนั้น ในการพิสูจน์ข้อเท็จจริงแห่งคดีจึงจำเป็นต้องใช้พยานหลักฐาน และกำหนดให้ภาระในการนำสืบพยานเป็นหน้าที่ของฝ่ายโจทก์ ส่วนจำเลยสามารถทำการสาบานได้ในกรณีที่โจทก์ฟ้องโดยไม่มีพยานหลักฐาน ในยุคของท่านนบีมุฮัมมัดﷺ พยานหลักฐานที่ได้รับการยอมรับในการพิสูจน์ข้อเท็จจริงมีหลายประการ เช่น การรับสารภาพ พยานบุคคล การสาบาน พฤติการณ์แวดล้อม และการจับสลาก[2]

ท่านนบีมุฮัมมัดﷺ ได้รับโองการให้ดำรงไว้ซึ่งความยุติธรรมในหมู่มวลมนุษยชาติ ท่านได้ปฏิบัติไว้เป็นตัวอย่าง และได้อบรมสั่งสอนเกี่ยวกับกฎเกณฑ์แห่งการพิพากษาและการดำเนินคดีที่จะนำไปสู่เป้าหมายดังกล่าว ตลอดจนแนวทางปฏิบัติของผู้พิพากษาในการพิจารณาคำฟ้องและการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีแก่เหล่าเศาะหาบะฮฺ พร้อมทั้งฝึกอบรมให้พวกเขาทำการปฏิบัติจริงในการพิพากษา เช่น การซักซ้อมความเข้าใจแก่ผู้พิพากษา เกี่ยวกับกระบวนการหรือขั้นตอนของการปรับใช้กฎหมายอิสลามที่จะต้องตัดสินตามบทบัญญัติอัลกุรอาน หากไม่มีในตัวบทอัลกุรอาน ให้ปฏิบัติตามสุนนะฮฺของท่านเราะสูลﷺ หากไม่มีในสุนนะฮฺ ก็ให้วินิจฉัยข้อชี้ขาดตามกฎเกณฑ์หรือหลักทฤษฎีต่าง ๆ ที่ได้สังเคราะห์มาจากตัวบทอัลกุรอาน ดังปรากฏในคำสนทนาซักซ้อมความเข้าใจ ระหว่างท่านนบีมุฮัมมัดﷺ กับมุอาซ อิบนุญะบัลขณะที่ท่านนบีประสงค์จะส่งมุอาซ อิบนุญะบัลไปเป็นผู้พิพากษาประจำเมืองเยเมน ความว่า

“เจ้าจะตัดสินอย่างไร เมื่อมีคดีความได้ถูกนำมาสู่เจ้า มุอาซตอบว่า ข้าพเจ้าจะตัดสินตามคัมภีร์แห่งอัลลอฮฺ ท่านนบีมุฮัมมัดﷺ ถามว่าแล้วถ้าหากเจ้าไม่พบในคัมภีร์แห่งอัลลอฮฺ มุอาซตอบว่า (ข้าพเจ้า)จะตัดสินตามสุนนะฮฺของศาสนทูตแห่งอัลลอฮฺ ท่านนบีถามว่าแล้วถ้าหากเจ้าไม่พบในสุนนะฮฺของศาสนทูตแห่งอัลลอฮฺ มุอาซตอบว่าข้าพเจ้าจะทุ่มเทความคิดในการวินิจฉัยอย่างจริงจังและจะไม่ย่อท้อ ท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ จึงลูบอกของเขา และกล่าวว่า มวลการสรรเสริญเป็นของอัลลอฮฺผู้ซึ่ง

---

1 ความหมายหะดีษบันทึกโดยอัตติรมีซีย์, เลขที่ 1339.

2 Al-Zuhaili, **al-Tanzim al-Qadha-I fi al-Fiqh al-Islami Dirasah Muqaranah**, (Damascus: Dar al-Fikr), 2007, 335-455.

ชี้นำให้ทูตของศาสนทูตคิดเห็นสอดคล้องกับสิ่งอันเป็นที่พึงพอใจของศาสนทูตแห่งพระองค์ "[1]

นอกจากนั้น ท่านนบีมุฮัมมัดﷺ ได้กำชับให้ผู้พิพากษาต้องฟังความให้ชัดเจนจากคู่กรณีทั้งสองฝ่ายก่อนตัดสินคดี เป็นหลักเกณฑ์ที่ท่านนบีได้กล่าวกับท่านอะลี อิบนุอะบีฏอลิบ ขณะที่ได้ท่านนบีได้มอบหมายให้ท่านอะลีเป็นผู้พิพากษาและท่านอะลีรำพึงว่าตนอายุน้อยและด้อยทั้งความรู้เกี่ยวกับการพิพากษา ท่านนบีมุฮัมมัดﷺ กล่าวไว้ ความว่า

"แท้จริงอัลลอฮฺจะทรงชี้นำหัวใจของเจ้า และจะให้ความกระชับมั่นแก่ลิ้นของเจ้า ดังนั้น เมื่อคู่กรณีทั้งสองฝ่ายมานั่งอยู่เบื้องหน้าเจ้า เจ้าจงอย่าเพิ่งทำการพิพากษา จนกว่าเจ้าจะได้ฟังความจากอีกฝ่ายหนึ่งเหมือนเช่นที่ได้ฟังจากฝ่ายแรก เพราะแน่นอน การกระทำเช่นนั้น ย่อมเป็นสิ่งที่ดียิ่ง ในอันที่จะทำให้ประเด็นการตัดสินประจักษ์แจ้งแก่เจ้า"[2]

ท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ ได้ย้ำเตือนให้ผู้พิพากษายึดมั่นในความถูกต้องและเป็นกลางตลอดเวลาของการดำเนินกระบวนพิจารณาพิพากษาคดี โดยถือว่าผู้ที่ได้รับแต่งตั้งเป็นผู้พิพากษานั้นกำลังถูกทดสอบจากพระเจ้า และจะต้องให้ความยุติธรรมอย่างที่สุดแก่ทุกฝ่ายในทุก ๆ ด้าน ดังปรากฏในหะดีษรายงานจากท่านหญิงอุมมุสะละมะฮฺ[3] ความว่า

"บุคคลใดถูกทดสอบด้วยการพิพากษาระหว่างบรรดามุสลิม บุคคลนั้นพึงต้องให้ความยุติธรรมระหว่างพวกเขา ทั้งในด้านการชำเลืองมอง การชี้แนะและสถานที่นั่งของเขา"

ท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ ได้เตือนให้ระวังการตัดสินคดีความในขณะมีอารมณ์โกรธ เพราะผู้ที่อยู่ในภาวะแห่งอารมณ์นั้น ยากที่จะสามารถควบคุมตนเอง ขาดความสุขุมรอบคอบ และอาจนำไปสู่ความอธรรมในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดี ดังปรากฏในหะดีษของท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ ความว่า

---

[1] ความหมายหะดีษบันทึกโดยอบูดาวูด หะดีษเลขที่ 3592 , อัลติรมิซีย์ หะดีษเลขที่ 1327 อัลอัลบานีย์ กล่าวว่าเป็นหะดีษถูกปฏิเสธ (มุงกัร) แต่ความหมายถูกต้อง (Al-Albani, **Ghayah al-Maram fi Takhrij Ahadith al-Halal wa al-Haram**, (Beirut: Al-Maktab al-Islami), 1400 , 283, 286)

[2] ความหมายหะดีษบันทึกโดยอบูดาวูดหะดีษเลขที่ 3583

[3] ท่านหญิงอุมมุสะละมะฮฺ : เป็นหนึ่งในบรรดาภรรยาของท่านนบี มีนามว่า ฮินดฺ บุตรสาวของสุฮัยลฺ เผ่าอัลมัคซูม ตระกูลกุเรช เป็นที่รู้จักแพร่หลายในนาม อุมมุสะละมะฮฺ ได้สมรสกับท่านนบี ในปี ฮ.ศ. 4 หลังจากเป็นหม้ายเนื่องจากสามีเสียชีวิตในสงครามศาสนา

“ผู้ตัดสินจะต้องไม่ชี้ขาดตัดสินระหว่างสองฝ่ายในสภาพที่มีอารมณ์โกรธ”[1]

อารมณ์โกรธตามความในหะดีษนี้ บรรดานักปราชญ์กฎหมายอิสลามให้อธิบายว่า มีความหมายรวมถึงสภาวะวิกฤตทางอารมณ์ที่อาจส่งผลต่อการตัดสินคดี เช่น สภาพที่เสียใจอย่างมาก ดีใจอย่างสุดขีด หิวกระหายอย่างรุนแรง หรือเจ็บป่วย เพราะสภาวะเหล่านี้อาจส่งผลกระทบต่อสภาพจิตใจและสมาธิของผู้พิพากษาในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดี

ดังนั้น ท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ จึงมีอำนาจหน้าที่โดยตรงในการบังคับใช้กฎหมายอิสลามทั้งในด้านการบัญญัติ การบริหาร และการตุลาการ โดยเป็นผู้รับโองการอัลกุรอานจากอัลลอฮฺผ่านการสื่อสารของมลาอิกะฮฺ “ญิบรีล” เพื่อประกาศใช้แก่มวลมนุษย์ ส่วนรายละเอียดนอกเหนือจากที่อัลกุรอานบัญญัติไว้ เป็นบทบาทอันสำคัญของท่านนบีในการกำหนดบทบัญญัติทั้งในส่วนสารบัญญัติและวิธีสบัญญัติ โดยมีบรรดาเศาะหาบะฮฺอาวุโสส่วนหนึ่งเป็นผู้ช่วยเหลือในการให้ความคิดเห็นและบรรดาเศาะหาบะฮฺส่วนใหญ่หรือทั้งหมดนำไปปฏิบัติ

(2) บรรดาเศาะหาบะฮฺอาวุโส

เมื่ออาณาจักรอิสลามขยายกว้างขึ้น ภารกิจในด้านต่าง ๆ ก็เพิ่มมากขึ้น ท่านนบี ﷺ จึงได้มอบหมายภารกิจบางส่วนให้เศาะหาบะฮฺดำเนินการแทนตามความจำเป็น เพื่อช่วยแบ่งเบาภาระ อีกทั้งยังเป็นการฝึกอบรมเศาะหาบะฮฺเหล่านั้นให้คุ้นเคยกับการดำเนินงานด้านต่าง ๆ รวมทั้งงานด้านตุลาการ เช่น ท่านนบีรับสั่งให้อัมรฺ อิบนุอัลอาศ[2] ทำหน้าที่ตัดสินคดี ให้อะลี อิบนุ-อบีฏอลิบเป็นผู้พิพากษาแห่งเมืองเยเมน และให้มุอาซ อิบนุญะบัล เป็นผู้พิพากษาแห่งเยเมนเช่นเดียวกัน มอบหมายให้หุซัยฟะฮฺ อัลยะมานีย์ เป็นผู้ทำการตัดสินคดีขัดแย้งเรื่องฝาผนังบ้านของเพื่อนบ้านสองคนที่ต่างฝ่ายต่างก็อ้างความเป็นเจ้าของ นอกจากนั้น เศาะหาบะฮฺอีกหลายท่านที่ได้รับมอบหมายให้ทำการพิพากษาคดี แต่บรรดาเศาะหาบะฮฺเหล่านั้นมิได้อยู่ในฐานะเป็นบุคคลหรือองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ในการบัญญัติหรือพัฒนากฎหมาย เพราะตราบเท่าที่ท่านนบียังมีชีวิตอยู่ อำนาจในการบัญญัติและพัฒนากฎหมายเป็นเรื่องเฉพาะสำหรับท่านนบีเท่านั้น ผลของการวินิจฉัยชี้ขาด หรือการตัดสินของบรรดาเศาะหาบะฮฺก็จะไม่ถือเป็นกฎหมาย และไม่มีผลบังคับจนกว่าจะได้รับการรับรองจากท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ อัลเกาะรอฟี กล่าวว่า

---

[1] ความหมายหะดีษบันทึกโดยบุคอรี หะดีษเลขที่ 7000

[2] อัมรฺ อิบนุอัลอาศ : อัมรฺ บุตรของอัลอาศ อัสสะฮฺมีย์ อัลกุรอชีย์ ผู้พิชิตอียิปต์ เป็นผู้ยิ่งใหญ่ท่านหนึ่งของชนชาวอาหรับ เกิด ก่อน ฮ.ศ. 50 เสียชีวิต ปี ฮ.ศ. 43 (ค.ศ. 574 – 664) เคยเป็นศัตรูอย่างร้ายกาจต่ออิสลามในยุคญาฮิลียะห์ เข้ารับอิสลามในช่วงเวลาการพักรบตามสนธิสัญญาหุดัยบียะห์ ได้รับแต่งตั้งเป็นแม่ทัพในการพิชิตเมืองชาม ปาเลสไตน์ และอียิปต์ในยุคเคาะลีฟะฮฺอุมัร

> **"พึงทราบ มุฮัมมัด ศาสนทูตแห่งอัลลอฮฺ เป็นผู้นำที่ยิ่งใหญ่ เป็นผู้พิพากษาที่ปรีชาญาณและเป็นผู้อธิบายปัญหาที่รอบรู้ยิ่ง ท่านเป็นผู้นำของบรรดาผู้นำทั้งหลาย เป็นหัวหน้าคณะตุลาการทั้งมวลและเป็นปรมาจารย์ของปวงปราชญ์ ตำแหน่งความรับผิดชอบต่าง ๆ ทางศาสนา อัลลอฮฺทรงมอบหมายให้กับท่านในฐานะศาสนทูต จึงถือว่าท่านเป็นผู้ที่ดำรงตำแหน่งสูงสุดในบรรดาผู้ที่มีตำแหน่งทั้งหลาย ตราบจนกระทั่งวันกิยามะฮฺ"**[1]

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าท่านนบีมุฮัมมัดﷺ เป็นผู้ทรงอำนาจสูงสุดในรัฐอิสลาม แต่ก็หาใช่ว่า การบัญญัติกฎหมายอิสลามจะกระทำได้ด้วยอิสระตามความคิดเห็นส่วนตัวของท่าน เพราะการบัญญัติกฎหมายอิสลามที่แท้นั้น เกิดจากการวะหฺยูหรือวิวรรณ์จากอัลลอฮฺ โดยผ่านการสื่อสารของ มลาอิกะฮฺที่มีนามว่า "ญิบรีล" เป็นผู้นำคำสั่งจากอัลลอฮฺมาสู่ท่านนบีมุฮัมมัดﷺ การบัญญัติกฎหมายอิสลามในยุคนี้ จึงเป็นการนิติบัญญัติโดยแท้จริง เพราะเป็นการบัญญัติกฎหมายที่มาจากผู้ทรงอำนาจในการบัญญัติโดยตรง นั่นคือ อัลลอฮฺพระเจ้าแห่งสากลจักรวาล

3.1.2 การใช้กฎหมายอิสลามและองค์กรบริหารและพัฒนาการใช้กฎหมายอิสลามในยุคคุละฟาอุรรอชิดูน[2]

3.1.2.1 การใช้กฎหมายอิสลามในยุคคุละฟาอุรรอชิดูน

การบัญญัติกฎหมายอิสลามได้สำเร็จลงโดยสมบูรณ์ในยุคของท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ ดังกล่าวมาข้างต้น ดังนั้น ในยุคคุละฟาอุรรอชิดูนซึ่งเป็นยุคถัดจากยุคของท่านนบีมุฮัมมัดﷺ จึงไม่มีการประทานโองการจากอัลลอฮฺสู่มวลมนุษย์ และไม่มีการบัญญัติกฎหมายอิสลามขึ้นใหม่ นอกจากในส่วนที่เกี่ยวข้องกับเหตุการณ์หรือกรณีพิเศษที่เกิดขึ้นใหม่ ซึ่งไม่มีตัวบทอัลกุรอานและสุนนะฮฺบัญญัติไว้โดยตรง กรณีเช่นนี้ก็จะมีการวิเคราะห์วินิจฉัยและลงมติในระหว่างบรรดาเศาะหาบะฮฺ ผลการลงมติและการวิเคราะห์วินิจฉัยกลายเป็นส่วนหนึ่งของบทบัญญัติแห่งกฎหมายอิสลาม ดังนั้นการใช้กฎหมายอิสลามในยุคนี้ จึงแตกต่างจากยุคของท่านนบีมุฮัมมัดﷺ ตรงที่ไม่มีการบัญญัติกฎหมายใหม่ที่ถูกประทานหรือวิวรณ์มาจากพระเจ้า แต่เหมือนกันในแง่ของการนำ

---

[1] Al-Qarafi, **al-Furuq1**, (Dar Ihya al-Turath al-'Arabiah), 1346, 205-206.

[2] ยุคคุละฟาอุรรอชิดูน: ยุคเคาะลีฟะฮฺ (กาหลิบ) ผู้ทรงธรรมทั้งสี่ ภายหลังจากท่านนบีมุฮัมมัด ศ็อลลัลลอฮุอะลัยฮิวะสัลลัม ประกอบด้วย 1 เคาะลีฟะฮฺอบูบักรฺอัศศิดดีก, 2 เคาะลีฟะฮฺอุมัรอิบนุลค็อฏฏอบ, 3 เคาะลีฟะฮฺอุษมาน อิบนุอัฟฟาน และ 4 เคาะลีฟะฮฺอะลี อิบนุอะบีฏอลิบ ในระหว่างปี ฮ.ศ. ที่ 11-ฮ.ศ. 40 (ค.ศ.632-661)

บทบัญญัติแห่งกฎหมายอิสลามไปปรับใช้กับข้อเท็จจริงต่าง ๆ ในการดำเนินชีวิตและการตัดสินข้อพิพาทขัดแย้ง

ในยุคเคาะลีฟะฮฺอบูบักร ซึ่งเป็นเคาะลีฟะฮฺท่านแรกหลังจากสิ้นสุดยุคของท่านนบี ท่านเคาะลีฟะฮฺอบูบักรได้ดำรงตำแหน่งเคาะลีฟะฮฺเป็นเวลาเพียงสองปีเศษ สภาพการณ์ทางสังคมและวิถีชีวิตไม่แตกต่างจากยุคของท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ มากนัก การใช้กฎหมายอิสลามจึงดำเนินไปในลักษณะเดียวกับยุคของท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ โดยอำนาจเด็ดขาดในการพิจารณาพิพากษาคดี เป็นของเคาะลีฟะฮฺในฐานะผู้ปกครองสูงสุด เช่นเดียวกับในยุคของท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ อย่างไรก็ตาม ในด้านของการบริหารงานมีความแตกต่างกันบ้าง อาทิ เคาะลีฟะฮฺอบูบักรได้แต่งตั้งผู้แทนทำหน้าที่พิพากษาอรรถคดีเพื่อแบ่งเบาภาระของเคาะลีฟะฮฺ ดังมีรายงานระบุว่าเคาะลีฟะฮฺอบูบักร ได้แต่งตั้งท่านอุมัร อิบนุ อัลค็อฏฏอบ เป็นผู้พิพากษาประจำนครมะดีนะฮฺเป็นการเฉพาะโดยมิได้มอบหมายงานด้านการปกครองอื่นด้วย รายงานจากอะฏออฺ อิบนุสสาอิบ[1] ว่า **“ขณะที่ท่านอบูบักรได้รับการเห็นชอบให้ดำรงตำแหน่งเป็นเคาะลีฟะฮฺ อบูบักรกล่าวแก่อุมัรและอบูอุบัยดะฮฺ[2]ว่า ฉันจำเป็นจะต้องมีผู้ช่วยเหลือ อุมัรกล่าวว่าฉันพร้อมช่วยเหลือด้านตุลาการ อบูอุบัยดะฮฺกล่าวว่าฉันพร้อมช่วยเหลือด้านการคลัง”**[3]

แม้ว่าเคาะลีฟะฮฺอบูบักรจะมอบอำนาจในการพิพากษาแก่ท่านอุมัรแล้วก็ตาม เคาะลีฟะฮฺอบูบักรฺในฐานะเคาะลีฟะฮฺก็ยังคงมีอำนาจในการตัดสินคดีความอยู่เช่นเดิม โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อคู่กรณีพิพาทได้นำความพิพาทนั้นมาฟ้องร้องต่อท่าน เพราะผู้ปกครองสูงสุดหรือเคาะลีฟะฮฺยังคงมีอำนาจเต็มในการดำเนินการต่าง ๆ และการตัดสินคดีความก็ยังคงเป็นหน้าที่หนึ่งของเคาะลีฟะฮฺโดยตรง

ส่วนคดีความที่เกิดขึ้นนอกอาณาเขตนครมดีนะฮฺนั้น เป็นหน้าที่ของผู้ปกครองประจำหัวเมืองนั้น ๆ ที่จะต้องพิจารณาพิพากษา ดังนั้นผู้ปกครองที่เคาะลีฟะฮฺอบูบักรได้แต่งตั้งให้

---

[1] อะฏออฺ อิบนุสสาอิบ : อะฏออฺ อิบนุสสาอิบ อัษษะกอฟีย์ มีนามแฝงว่า อะบูซัยดฺ เสียชีวิต ปี ฮ.ศ. 136 (ค.ศ. 765) เป็นผู้รายงานหะดีษที่มีชื่อเสียงแพร่หลายและทรงคุณธรรมแห่งยุคตาบิอีน

[2] อบูอุบัยดะฮฺ: อามีร บุตรของอับดุลลอฮฺ บุตรของอัลญัรรอหฺ อัลกุรอชีย์ เกิด ณ มักกะฮฺ ก่อนปี ฮ.ศ. 40 เสียชีวิต ปี ฮ.ศ. 18 (ค.ศ. 584 - 639) เป็นเศาะหาบะฮฺของท่านนบีมุฮัมมัด และ เป็นหนึ่งในสิบคนที่ได้รับแจ้งข่าวดีว่าจะได้เข้าสวรรค์ เป็นผู้ได้รับมอบหมายจากเคาะลีฟะฮฺอุมัรให้เป็นแม่ทัพพิชิตเมืองชามต่อจากแม่ทัพคอลิด อิบนุอัลวะลีด

[3] Qattan, op. cit., 41.

ไปปฏิบัติหน้าที่ตามหัวเมืองจึงมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีความต่าง ๆด้วย อิหม่ามอัสสุยูฏีย์[1] ได้กล่าวถึงแนวทางการบังคับใช้กฎหมายอิสลามในยุคของเคาะลีฟะฮฺอบูบักรเป็นลำดับคือ

(1) ยึดถือคัมภีร์อัลกุรอานเป็นบรรทัดฐานและบ่อเกิดของกฎหมายในการพิจารณาพิพากษาคดี กล่าวคือเมื่อคดีความเกิดขึ้นเคาะลีฟะฮฺอบูบักรฺจะพิจารณาบทบัญญัติแห่งอัลกุรอานเป็นอันดับแรก หากพบว่ามีบัญญัติที่สามารถนำไปปรับใช้ในการพิพากษาคดีได้ ก็พิพากษาไปตามบทบัญญัตินั้น

(2) หากคดีที่เกิดขึ้นไม่สามารถนำไปปรับกับบทบัญญัติใดแห่งอัลกุรอานได้ แต่ทราบว่ามีในสุนนะฮฺของท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ อย่างไร เคาะลีฟะฮฺอบูบักรฺก็จะพิพากษาเช่นเดียว-กับที่ท่านเราะสูล ﷺ พิพากษาไว้อย่างนั้น

(3) หากคดีดังกล่าวไม่ปรากฏในคำพิพากษาของท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ เคาะลีฟะฮฺอบูบักรฺก็จะใช้วิธีเทียบเคียง คือพิจารณาดูกรณีใกล้เคียงกับสิ่งที่ท่านเราะสูล ﷺ ได้ตัดสินไว้-แล้ว แล้วจึงตัดสินไปตามนั้น

(4) หากไม่พบว่ามีกรณีใกล้เคียงที่จะนำมาเปรียบเทียบหรืออนุมานกันได้ เคาะลีฟะฮฺอบูบักรฺก็จะเรียกบรรดาเศาะหาบะฮฺผู้อาวุโสมาประชุมปรึกษาหารือและลงมติ เมื่อมติเป็นเช่นใดก็จะพิพากษาไปตามมตินั้น[2]

ประเด็นปัญหาที่บรรดาเศาะหาบะฮฺได้มีอิจญ์มาอฺในสมัยของเคาะลีฟะฮฺอะบูบักรฺ เช่นการให้สัตยาบันต่ออะบูบักรฺในการดำรงตำแหน่งเป็นเคาะลีฟะฮฺ สิทธิในการรับมรดกของย่าและยายหรือสูงขึ้นไป โดยได้รับ 1/6 ของกองมรดก นอกจากนั้นยังมีประเด็นปัญหาที่ต้องทำการวิเคราะห์วินิจฉัยที่สำคัญ 2 ประการ เนื่องจากไม่ปรากฏตัวบทในอัลกุรอานและไม่มีแนวปฏิบัติในสุนนะฮฺของท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ ได้แก่ปัญหาผู้ปฏิเสธการจ่ายซะกาต[3] และการรวบรวมอัลกุรอาน[4]

---

[1] อิหม่ามอัสสุยูฏีย์ : อะบูบักรฺ บุตรของมุฮัมมัด อัลคุฎัยรีย์ อัสสุยูฏีย์ เป็นชาวอียิปต์ เกิดที่เมืองอัสยูฏ ปี ฮ.ศ. 804 เสียชีวิต ปี ฮ.ศ. 855 (ค.ศ. 1402 – 1451) เป็นผู้มีความเชี่ยวชาญด้านภาษาอาหรับ และกฎหมายอิสลาม มัซฮับชาฟิอีย์

[2] Ibn Qaiyim, **'I-lam al-Muwaqqi'in** 1, (s.l. : Dar al-Jail), 1973, 62 ;Wasil, op. cit., 56-57.

[3] **ปัญหาผู้ปฏิเสธการจ่ายซะกาต** เนื่องจากกลุ่มชนอาหรับบางเผ่าที่เคยจ่ายซะกาตให้กับท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ ปฏิเสธที่จะจ่ายซะกาตให้กับเคาะลีฟะฮฺอบูบักรฺ โดยอ้างว่าจะต้องจ่ายให้กับท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ เท่านั้น เคาะลีฟะฮฺอบูบักรฺได้ทำการวิเคราะห์วินิจฉัย และมีความเห็นว่าจะต้องปราบปรามพวกเขาอย่างเด็ดขาดแม้ด้วยการสู้รบ ท่านอุมัรกล่าวแย้ง แต่เคาะลีฟะฮฺอะบูบักรฺก็ยังคงยืนยันว่า จะต้องทำการสู้รบกับบรรดาผู้ที่จำแนกระหว่างการละหมาดกับการจ่ายซะกาต ครั้นแล้วท่านอุมัรและบรรดาเศาะหาบะฮฺก็เห็นพ้องด้วย

[4] **ปัญหาการรวบรวมอัลกุรอาน** เนื่องจากอัลกุรอานในยุคของท่านเราะสูล ﷺ ถูกรวบรวมอยู่ในความจำและถูกบันทึกไว้ในที่ต่าง ๆ กระจัดกระจาย และในขณะนั้นอาจไม่มีความจำเป็นที่จะต้องรวบรวมไว้ในที่

ซึ่งสุดท้ายบรรดาเศาะหาบะฮฺได้เห็นพ้องต้องกัน[1] การรวบรวมอัลกุรอานจึงได้เริ่มขึ้น และถือเป็นงานชิ้นสำคัญสำหรับการใช้กฎหมายอิสลามในยุคของเคาะลีฟะฮฺอะบูบักรฺและยุคสมัยต่อมา

การใช้กฎหมายอิสลามในยุคเคาะลีฟะฮฺอะบูบักรฺ ดำเนินไปด้วยความเรียบง่าย เนื่องสภาพการณ์โดยทั่วไปยังคงคล้ายคลึงกับยุคของท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ และสภาพการณ์เช่นนี้ยังคงดำรงอยู่จนกระทั่งถึงช่วงต้น ๆ ของยุคเคาะลีฟะฮฺอุมัร อิบนุ อัลค็อฏฏอบ ซึ่งเคาะลีฟะฮฺอุมัรได้ให้ความสำคัญอย่างมากกับการศาลหรือการตัดสินคดีความที่ให้ความเป็นธรรมแก่ทุกฝ่าย เคาะลีฟะฮฺอุมัร ได้แยกอำนาจตุลาการออกจากอำนาจการปกครองอื่นอย่างชัดเจน และขนานนามผู้ทำหน้าที่พิพากษาคดีว่า "กอฎี" ท่านจึงได้ชื่อว่าเป็นผู้ให้มีตำแหน่งผู้พิพากษาหรือกอฎีขึ้นในรัฐอิสลามเป็นคนแรก

เคาะลีฟะฮฺอุมัร อิบนุ อัลค็อฏฏอบ ได้แต่งตั้งผู้พิพากษาประจำเมืองต่าง ๆ โดยเฉพาะ เช่น เมืองกูฟะฮฺ[2] บัศเราะฮฺ[3] และอียิปต์ กำหนดให้ตำแหน่งผู้พิพากษาขึ้นตรงต่อเคาะลีฟะฮฺในด้านการรับคำสั่งและการบังคับบัญชาโดยตรง อย่างไรก็ตาม ในบางเมืองเคาะลีฟะฮฺอุมัรได้ให้อำนาจผู้ปกครองทำหน้าที่บริหารการปกครองและเป็นผู้พิพากษาควบคู่ไปด้วยตามความเหมาะสม โดยเฉพาะเมืองที่ไม่มีงานด้านการบริหารมากเกินไป[4] เคาะลีฟะฮฺอุมัรตระหนักยิ่งว่ารากฐานสำคัญของอิสลาม คือความยุติธรรม ความเที่ยงธรรม การสร้างสรรค์คุณานุประโยชน์และอำนวยความสะดวกแก่มวลมนุษย์ โดยเฉพาะในด้านการพิจารณาพิพากษาคดี บางครั้งเคาะลีฟะฮฺ

เดียวกัน ต่อมาในยุคของเคาะลีฟะฮฺอบูบักร เมื่อเหล่าเศาะหาบะฮฺผู้ท่องจำอัลกุรอานต้องเสียชีวิตเป็นจำนวนมากในสมรภูมิอัลยะมามะฮฺ ท่านอุมัรเกรงว่าจะเกิดความสูญเสียผู้ท่องจำอัลกุรอานในสมรภูมิอื่น ๆ อีก และจะทำให้อัลกุรอานสูญหายไปพร้อมกับคนเหล่านั้น จึงเห็นความจำเป็นและปรารภกับเคาะลีฟะฮฺอบูบักรว่า จำเป็นจะต้องรวบรวมโองการอัลกุรอาน อบูบักรกล่าวว่าเราจะกระทำในสิ่งที่ท่านนบีไม่ได้กระทำได้อย่างไร? ท่านอุมัรยืนยันว่าขอสาบานต่ออัลลอฮฺว่ามันเป็นความดีงาม และอุมัรได้อ้อนวอนกระทั่งอัลลอฮฺได้ทรงเปิดใจท่านอบูบักรให้ยอมรับข้อเสนอแนะดังกล่าวของอุมัร ทั้งสองท่านจึงได้พากันไปหาซัยดฺ อิบนุษาบิต ซึ่งเป็นผู้หนึ่งในจำนวนผู้บันทึกโองการอัลกุรอานในยุคของท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ ในเบื้องต้นซัยดฺ อิบนุษาบิต ปฏิเสธเช่นเดียวกับท่านอบูบักร แต่เมื่อได้รับฟังคำอธิบายและเหตุผลอัลลอฮฺได้เปิดใจให้ซัยดฺ อิบนุษาบิต ยอมรับเช่นเดียวกับเคาะลีฟะฮฺอบูบักรฺ (Al-'Asqalani, **Fath al-Bari** 15, (Cairo : Dar al-Raiyan), 1987, 244)

[1] Al-'Asqalani, **ibid.**, 244.

[2] เมืองกูฟะฮฺ: ชื่อเมืองในประเทศอิรักตั้งอยู่ทางฝั่งตะวันตกของแม่น้ำยูเฟรติส

[3] บัศเราะฮฺ: เมืองเก่าแก่ในประเทศอิรักใหญ่อันดับสองรองจากกรุงแบกแดด ตั้งอยู่ทางตอนใต้สุดของประเทศ บริเวณจุดบรรจบระหว่างแม่น้ำไทรกิสและยูเฟรตีส มีเส้นพรมแดนติดต่อกับคูเวตและซาอุดิอารเบีย และเป็นเมืองเดียวของอิรักที่เป็นประตูออกสู่ทะเล ห่างจากอ่าวอาหรับ 55 กิโลเมตร

[4] Qattan, op. cit., 47-49.

อุมัรได้มีคำสั่งให้มีผู้พิพากษาหลายคนในเมืองเดียวกัน เพื่อทำการพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทอย่างเพียงพอต่อความจำเป็น และกำหนดให้มีค่าตอบแทนแก่ผู้พิพากษาอย่างเหมาะสม เพื่อให้ผู้พิพากษาใช้เวลาทั้งหมดไปในการปฏิบัติหน้าที่ โดยมิต้องกังวลเรื่องปัจจัยยังชีพหรือค่าอุปการะเลี้ยงดูครอบครัว นอกจากนั้น อีกหลายประการที่เคาะลีฟะฮฺอุมัรได้วางรากฐานเกี่ยวกับการศาลไว้ในยุคของท่าน ภายใต้กรอบแห่งบทบัญญัติอิสลามและความเหมาะสมกับสภาพการณ์ทางสังคมในขณะนั้น

เคาะลีฟะฮฺอุมัรได้ส่งสาส์นเกี่ยวกับหลักการด้านตุลาการและการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีไปยังผู้พิพากษาที่ปฏิบัติหน้าที่ประจำเมืองต่าง ๆ อย่างสม่ำเสมอ เพื่ออบรมตักเตือนผู้พิพากษาเหล่านั้นให้ดำรงตนอยู่ในความบริสุทธิ์ยุติธรรม มีวิจารณญาณในการพิพากษาคดี เช่น สาส์นที่ส่งไปยังท่านอบูมูซา อัลอัชอารีย์ มีความหมาย ดังนี้

"อนึ่ง แน่แท้ตุลาการศาลนั้นเป็นฟัรฎูหนึ่งที่ถูกกำหนดขึ้น(โดยยังมิได้ถูกยกเลิก) และเป็นสุนนะฮฺหนึ่งอันพึงต้องเจริญรอยตาม ดังนั้นท่านจงตรองความให้เข้าใจเมื่อมีคดีใดถูกนำมาฟ้องร้องต่อท่าน เพราะแน่นอนถ้อยแถลงแห่งความสัตย์ที่ไม่มีการบังคับ(ใช้)ตามนัยแห่งความสัตย์นั้นย่อมไม่ยังประโยชน์อันใด และจงให้ความเสมอภาคกันระหว่างมวลมนุษย์ใน(การแสดงออกทาง)ใบหน้าของท่าน สถานที่นั่งและการพิพากษาคดีของท่านเถิด เพื่อคนมียศศักดิ์จะได้ไม่คิดละโมบในความลำเอียงของท่าน และคนที่ต่ำต้อยด้อยศักดิ์จะได้ไม่สิ้นหวังในความยุติธรรมของท่าน(การนำสืบ)พยานเป็นหน้าที่ของฝ่ายผู้ฟ้อง(โจทก์) และการสาบานเป็นสิทธิของฝ่ายผู้ปฏิเสธ(จำเลย) การประนีประนอมยอมความระหว่างมวลมุสลิมเป็นสิ่งอนุมัติ ยกเว้นการประนีประนอมที่ทำให้เป็นที่อนุญาตแก่สิ่งต้องห้ามหรือประนีประนอมที่ทำให้เป็นที่ต้องห้ามต่อสิ่งอนุญาต หากมีบุคคลใดกล่าวอ้างถึงสิทธิหรือพยานที่อยู่ห่างไกลท่านก็จงยืดเวลาออกไปให้แก่เขาระยะหนึ่ง เมื่อเขาได้นำพยานมาได้ภายในกำหนดเวลาท่านจงตัดสินให้เขาได้รับสิทธินั้นตามคำฟ้อง แต่ถ้าหากเขาไม่สามารถนำพยานมาได้ก็ให้ท่านสั่งยกฟ้องคดีนั้นเสีย เพราะการดังกล่าวนั้นย่อมเป็นการผ่อนปรนอย่างที่สุด และยังความกระจ่างอย่างยิ่งแก่สิ่งที่พ้นวิสัย การพิพากษาใด ๆ ของท่านที่ได้พิพากษาลงไปในวันนี้ แล้วท่านก็กลับความคิดเห็นนั้นสู่ความคิดเห็นที่ถูกต้องย่อมไม่เป็นที่ต้องห้ามแก่ท่านในอันที่จะกลับไป(พิพากษาใหม่)สู่ความถูกต้อง เพราะความถูกต้องเที่ยงแท้นั้นมีมาแต่ดั้งเดิมที่

ไม่อาจมีสิ่งใดทำลายได้ และการหวนกลับสู่ความถูกต้องย่อมประเสริฐยิ่งกว่าการดันทุรังอยู่ในความหลงผิด

มวลมุสลิมล้วนเป็นผู้ทรงคุณธรรมในอันที่จะทำการเป็นพยานให้แก่กันและกัน นอกจากผู้ที่เคยถูกเฆี่ยนในโทษฐานใส่ร้ายผู้อื่นว่าผิดประเวณี หรือเคยให้การเป็นพยานเท็จ หรือเป็นผู้ต้องสงสัยใน(การปลอม)เชื้อสายวงศ์ตระกูล เพราะแท้จริงอัลลอฮฺทรงปกครองแก่ปวงบ่าวในส่วนของสิ่งที่เป็นความลับต่างๆ และทรงปกปิดแก่พวกเขาในความผิดที่มีโทษฮัด ทั้งนี้เว้นแต่ในกรณีที่ปรากฏด้วยหลักฐานและด้วยการสาบาน

หลังจากนั้น พึงตรองความให้เข้าใจ ในคดีที่ถูกฟ้องร้องมายังท่าน อันเป็นคดีที่ไม่มีในอัลกุรอานและไม่มีในสุนนะฮฺ ต่อจากนั้นจงอนุมานเทียบเคียงสิ่งต่างๆ จากนั้นจึงทำความเข้าใจในสิ่งที่ละม้ายคล้ายคลึง เสร็จแล้วก็จงมุ่งสู่สิ่งอันเป็นที่รักยิ่งของอัลลอฮฺและใกล้เคียงกับความถูกต้องเป็นธรรมมากที่สุด

ท่านจงระวัง ความโกรธ ความกังวล ความหวั่นวิตก ความเดือดร้อนรำคาญผู้คน การทะเลาะวิวาทและอุปนิสัยต่ำช้าแปลกปลอม แท้จริงการพิพากษาอยู่ในแว่นแคว้นแห่งสัจธรรมที่อัลลอฮฺจะต้องตอบแทนรางวัลให้ และทรงให้งดงามแก่สิ่งที่สะสมไว้ ดังนั้นบุคคลใดที่มีเจตนาบริสุทธิ์ใน(การดำรงไว้ซึ่ง)สัจธรรมถึงแม้นว่าจะมีผลกระทบต่อตัวเอง แน่นอนอัลลอฮฺจะให้ความพอเพียงแก่เขาสิ่งที่อยู่ระหว่างเขากับมนุษย์ทั้งหลาย และบุคคลใดที่ได้แสร้งปฏิบัติต่อมวลมนุษย์ด้วยประการที่มิได้ปรากฏอยู่ในจิตใจของเขา แน่นอนอัลลอฮฺย่อมประณามเขา เพราะแน่แท้อัลลอฮฺตาอาลานั้น พระองค์ไม่ทรงรับสิ่งใดจากปวงบ่าวนอกจากสิ่งที่บ่าวมีความบริสุทธิ์ใจต่อพระองค์เท่านั้น และสิ่งใดหรือ! คือความคาดหมายของท่านต่อการตอบแทนจากผู้อื่นนอกจากอัลลอฮฺในปัจจัยยังชีพแห่งโลกปัจจุบันและคลังแห่งความเมตตาในโลกอาคิเราะฮฺ”[1]

การพิจารณาพิพากษาคดีแต่เดิมนั้น มักกระทำโดยผู้พิพากษาเพียงคนเดียวซึ่งเป็นรูปแบบที่เคาะลีฟะฮฺอุมัร ได้ยึดถือปฏิบัติ และเป็นแนวทางให้กับบรรดาผู้พิพากษาในยุคของท่าน แต่ในขณะเดียวกันท่านก็มิได้ปิดกั้นกรณีที่ผู้พิพากษาขอความช่วยเหลือจากผู้พิพากษาท่านอื่นๆ หรือแม้กระทั่งจากท่านเคาะลีฟะฮฺเอง โดยเฉพาะในคดีสำคัญ ๆ ซึ่งต้องพิจารณาอย่างละเอียด

---

1 Ibn Qaiyim, op. cit., 92.

รอบคอบ เพื่อให้การวินิจฉัยชี้ขาดเป็นไปด้วยความถูกต้องเป็นธรรมที่สุด ซึ่งบางครั้งเคาะลีฟะฮฺจะร่วมปรากฏตัวอยู่ในการพิจารณาพิพากษาคดีด้วย[1]

เคาะลีฟะฮฺอุมัรได้ให้ความสำคัญต่อการคัดเลือกและแต่งตั้งผู้พิพากษาเป็นอย่างยิ่ง ท่านได้เลือกเฟ้นผู้ที่มีความเหมาะสมที่สุดเพื่อดำรงตำแหน่งนี้ ท่านกล่าวว่า "ผู้นำคนใดที่แต่งตั้งผู้ปกครองหรือผู้พิพากษาโดยระบบอุปถัมภ์ เขาจะต้องได้รับบาปกึ่งหนึ่งที่ผู้ได้รับการแต่งตั้งนั้นได้กระทำ หากคนใดแต่งตั้งผู้ปกครองหรือผู้พิพากษาเพื่อผลประโยชน์ของมุสลิมโดยส่วนรวม ผู้นั้นก็จะได้รับกุศลบุญในสิ่งที่ผู้ได้รับการแต่งตั้งนั้นได้กระทำ และจะไม่ได้รับบาปในความผิดใดๆ ที่ผู้นั้นกระทำ"[2]

ประเด็นปัญหาที่บรรดาเศาะหาบะฮฺได้มีอิจญ์มาอฺในสมัยของเคาะลีฟะฮฺอุมัร เช่น การตักบีรในการละหมาดศพ 4 ครั้ง และประเด็นปัญหาที่ต้องทำการวิเคราะห์วินิจฉัยอีกมากมาย เนื่องจากอาณาจักรอิสลามได้ขยายออกไปอย่างกว้างขวาง เกิดเหตุการณ์ใหม่ ๆ ที่ไม่ปรากฏในตัวบทอัลกุรอาน และไม่มีแนวปฏิบัติในสุนนะฮฺ ของท่านนบีมุฮัมมัดﷺ เช่น การจ่ายสวัสดิการให้กับมุสลิมที่แตกต่างไปจากสมัยเคาะลีฟะฮฺอะบูบักรฺ คือในสมัยเคาะลีฟะฮฺอะบูบักรฺจ่ายสวัสดิการให้กับทุกคนเท่า ๆ กัน แต่ต่อมาในสมัยเคาะลีฟะฮฺอุมัรจ่ายให้ไม่เท่ากัน โดยจ่ายให้กับบุคคลที่ไม่เคยต่อต้านท่านนบีมากกว่าผู้ที่เคยต่อต้านและมาเข้ารับอิสลามในภายหลัง เป็นต้น

ภายหลังจากเคาะลีฟะฮฺอุมัร อิบนุอัลค็อฏฏอบ เสียชีวิต เคาะลีฟะฮฺอุษมาน อิบนุอัฟฟาน ได้รับการให้สัตยาบันเป็นเคาะลีฟะฮฺซึ่งในขณะนั้นงานด้านตุลาการภายในเมืองมะดีนะฮฺอยู่ภายใต้การรับผิดชอบของบุคคล 3 ท่านได้แก่ท่านอะลี อิบนุอาบีฏอลิบ[3] ท่านซัยดฺ อิบนุษาบิต[4] และท่านอัสสาอิบ อิบนุยาซีด[5]

---

1 Wasil , op. cit.,59.

2 Arnus, op. cit., 16.

3 อะลี บุตรของอะลีฏอลิบ อัลฮาชิมีย์ อัลกุรอชีย์ เกิด ณ มักกะฮฺก่อนปี ฮ.ศ. 23 เสียชีวิต ปี ฮ.ศ. 40 (ค.ศ. 600 - 661) เป็นหนึ่งในสิบคนที่ได้รับแจ้งข่าวดีว่าจะได้เข้าสวรรค์ ได้สมรสกับท่านหญิงฟาฏิมะฮฺ บุตรสาวของท่านนบี ต่อมาได้รับสัตยาบันให้เป็นเคาะลีฟะฮฺท่านที่ 4 ต่อจากเคาะลีฟะฮฺอุษมาน อิบนุอัฟฟาน

4 ซัยดฺ อิบนุษาบิต: ซัยดฺ บุตรของษาบิต อัลอันศอรีย์ เป็นเศาะหาบะฮฺอาวุโสของท่านนบีมุฮัมมัด ศ็อลลัลลอฮุอะลัยฮิวะสัลลัม (เกิดก่อน ฮ.ศ. 11 เสียชีวิต ฮ.ศ. 45 ตรงกับ ค.ศ. 611 – 665) เป็นผู้บันทึกอัลกุรอานให้กับท่านนบี มีความเชี่ยวชาญด้านกฎหมาย เป็นผู้มีบทบาทสำคัญในการรวบรวมคัมภีร์อัลกุรอาน

5 อัสสาอิบ อิบนุยาซีด: อัสสาอิบ อิบนุยะซีด อัลกินดี เป็นเศาะหาบะฮฺรุ่นเยาว์ เกิดก่อนฮิจญ์เราะศักราชเล็กน้อย เสียชีวิต ฮ.ศ. 91 ตรงกับ ค.ศ. 710 เขาเดินทางไปกับบิดาในวันประกอบพิธีฮัจญ์อำลาของท่านนบีมุฮัมมัด (ศ็อลลัลลอฮุอะลัยฮิวะสัลลัม) ต่อมาเขาได้รับการแต่งตั้งเป็นเจ้าหน้าที่ควบคุมดูแลความเรียบร้อยประจำตลาดเมืองมะดีนะฮฺในยุคเคาะลีฟะฮฺอุมัร

สำหรับนอกเมืองมะดีนะฮฺนั้นมีบันทึกทางประวัติระบุว่า เคาะลีฟะฮฺอุษมาน อิบนุอัฟฟาน ได้มอบหมายอำนาจหน้าที่ด้านตุลาการให้แก่ผู้ปกครองเมือง โดยผู้ปกครองหรือผู้ว่าการประจำเมืองนั้น ๆ จะเป็นผู้พิจารณาพิพากษาคดีเองหรือจะแต่งตั้งผู้อื่นที่มีคุณสมบัติเหมาะสมปฏิบัติหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีเป็นการเฉพาะในเมืองนั้น ๆ แทนผู้ปกครองก็ได้[1]

เคาะลีฟะฮฺอุษมาน อิบนุอัฟฟาน เป็นผู้ริเริ่มก่อสร้างสถานที่เฉพาะสำหรับการพิจารณาพิพากษาคดีซึ่งก่อนหน้านั้นได้กระทำในมัสยิด[2] และท่านได้จัดทำอัลกุรอานฉบับอุษมานีย์ขึ้น โดยยึดถือฉบับที่รวมรวมไว้ตั้งแต่ในสมัยเคาะลีฟะฮฺอะบูบักรฺมาทำการตรวจชำระความถูกต้องเพิ่มเติม และแจกจ่ายให้กับประชาคมมุสลิมทั่วทุกแห่งยึดถือเป็นแนวเดียวกันและให้ทำลายฉบับอื่น ๆ นอกนั้นทั้งหมด เพื่อขจัดความขัดแย้ง ประชาคมมุสลิมจึงมีคัมภีร์อัลกุรอานที่ถูกต้องตรงกันตั้งแต่นั้นมาตราบจนกระทั่งปัจจุบัน

ภายหลังจาก เคาะลีฟะฮฺอุษมาน อิบนุอัฟฟาน เสียชีวิตเคาะลีฟะฮฺอะลี อิบนุอบีฏอลิบ ก็ได้รับการให้สัตยาบันท่ามกลางสภาวะวิกฤตทางการเมืองอย่างรุนแรงสืบเนื่องมาจากสาเหตุการลอบสังหารเคาะลีฟะฮฺอุษมาน อิบนุอัฟฟาน ลักษณะของการให้สัตยาบันต่อเคาะลีฟะฮฺอะลี แตกต่างจากการให้สัตยาบันเคาะลีฟะฮฺก่อน ๆ เนื่องจากเศาะหาบะฮฺส่วนใหญ่ในช่วงนี้กระจายอยู่ตามหัวเมืองต่าง ๆ คงเหลือเพียงจำนวนน้อยที่พำนักอยู่ในนครมดีนะฮฺ ถึงกระนั้นก็ยังมีเศาะหาบะฮฺบางท่านที่ไม่ยอมออกไปให้สัตยาบันและอีกบางท่านก็ลังเลที่จะให้สัตยาบัน ส่งผลให้เกิดกระแสความคิดหลากหลายจนกลายเป็นความแตกแยก เคาะลีฟะฮฺอะลีจึงต้องทุ่มเทเวลาเกือบทั้งหมดไปกับการแก้ไขปัญหาและสร้างความเป็นเอกภาพ กระทั่งเกือบไม่มีเวลาสำหรับการคิดและตรึกตรองเรื่องการพัฒนาด้านการบริหารการปกครองรวมทั้งการพัฒนาการใช้กฎหมาย กอปรกับช่วงเวลาของการดำรงตำแหน่งเคาะลีฟะฮฺของท่านอะลีเป็นช่วงเวลาไม่นานนัก คือ ประมาณ 4 ปี 9 เดือน [3]

โดยบุคลิกส่วนตัวของเคาะลีฟะฮฺอะลี อิบนุ อบีฏอลิบเป็นผู้ที่มีความเชี่ยวชาญด้านตุลาการและรอบรู้อย่างลึกซึ้งทางด้านกฎหมายอิสลาม เป็นผู้มีไหวพริบปฏิภาณเป็นเลิศ ท่านนบีมุฮัมมัดﷺ ได้แต่งตั้งและส่งท่านไปเป็นผู้พิพากษาประจำเยเมนตั้งแต่อายุยังน้อย และเป็นที่ยอมรับกันอย่างแพร่หลายในบรรดาเศาะหาบะฮฺมีรายงานเล่าว่า **“ท่านอุมัร อิบนุ อัลค็อฏฏอบได้วิงวอนขอความคุ้มครองต่ออัลลอฮฺ อยู่เสมอให้รอดพ้นจากปัญหาตีบตันหรือคดีที่ไร้ทางออกโดย**

---

1 Wasil , op. cit., 63-64.

2 Al-Zuhaili, 1985: 741

3 Hasan, **Tarikh al-Islam**, (Cairo: Maktabah al-Nahdhah al-Misriah), 1996, 217-218.

ปราศจากบิดาของอัลหะซัน"[1] บิดาของอัลหะซัน ก็คือ ท่านอะลี อิบนุอะบีฏอลิบ ประหนึ่งว่าปัญหายุ่งยากซับซ้อนเพียงใด ท่านอะลีก็สามารถหาทางคลี่คลายไปได้อย่างฉลาด ท่านอิบนุ มัสอู๊ด กล่าวว่า **"พวกเราต่างกล่าวกันว่า สุดยอดของตุลาการแห่งชาวเมืองมดีนะฮฺ คือ บิดาของอัลหะซัน"** และเรื่องที่ยุ่งยากไร้ทางแก้ นิยมเรียกกันว่า : **"ปัญหาที่ไร้บิดาของอัลหะซัน"**[2]

กล่าวได้ว่า หลักเกณฑ์สำคัญในการใช้กฎหมายอิสลามในยุคคุละฟาอุรรอชิดูน คือ การยึดถือคัมภีร์อัลกุรอาน สุนนะฮฺของท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ อิจญ์มาอฺ และอิจญ์ติฮาด หรือการกิยาส ตามลำดับ

3.1.2.2 องค์กรบริหารและพัฒนาการใช้กฎหมายอิสลามในยุคคุละฟาอุรรอชิดูน

บทบัญญัติแห่งกฎหมายอิสลามในยุคนี้ คือ คัมภีร์อัลกุรอานและสุนนะฮฺ แต่หาใช่ว่าเศาะหาบะฮฺทุกคนจะสามารถเข้าถึงและเข้าใจตัวบทคัมภีร์อัลกุรอานและสุนนะฮฺได้เสมอกัน หากจะต้องมีผู้อื่นที่มีความรอบรู้อธิบายชี้แจงให้เกิดความเข้าใจ[3] ประกอบกับตัวบทกฎหมายอันหมายถึงอัลกุรอานและสุนนะฮฺก็มิได้ถูกจัดพิมพ์เผยแพร่ทั่วไป เพราะในยุคของท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ ตัวบทอัลกุรอานถูกบันทึกและรักษาไว้ ณ บ้านของท่าน และรักษาไว้กับเศาะหาบะฮฺบางส่วนเท่านั้น ส่วนสุนนะฮฺของท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ ยังมิได้ถูกบันทึกไว้และกฎหมายอิสลามในยุคของท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ ถูกบัญญัติขึ้นตามวาระและเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นจริง มิใช่กฎหมายที่บัญญัติขึ้นบนสมมติฐานในอนาคต จึงมีเหตุการณ์หลายอย่างที่เกิดขึ้นในภายหลัง ที่ไม่ปรากฏในตัวบทอัลกุรอานและในสุนนะฮฺบัญญัติไว้โดยตรง

ด้วยประการทั้งหลายเหล่านี้ เศาะหาบะฮฺส่วนหนึ่งจึงเล็งเห็นความจำเป็นที่จะต้องทำการอธิบายตัวบทและเผยแพร่มันออกไป พร้อมกับจะต้องทำการอธิบายประเด็นปัญหาทางศาสนา บรรดาเศาะหาบะฮฺเหล่านี้จึงเป็นเสมือนองค์กรนิติบัญญัติที่มีส่วนในการพัฒนาการใช้กฎหมายอิสลามในยุคคุละฟาอุรรอชิดูน[4]

ดังนั้น เคาะลีฟะฮฺ ผู้แทนเคาะลีฟะฮฺที่ทำหน้าที่ปกครองเมืองต่าง ๆ รวมทั้งผู้พิพากษา และมุฟตีย์ผู้มีความรอบรู้และมีความสามารถในการวิเคราะห์วินิจฉัยบทบัญญัติเพื่อการปรับใช้กับกรณีหรือเหตุการณ์ต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นใหม่และไม่มีบทบัญญัติในอัลกุรอานและในสุนนะฮฺกำหนดไว้โดยตรง บุคคลหรือองค์กรเหล่านี้มีบทบาทสำคัญในการบริหารและพัฒนาการใช้กฎหมายอิสลาม

---

[1] Al-‘Asqalani , **Fath al-Bari** 15, 282.

[2] Ibn Jauzi, **Gharib al-Hadith**, (S.l.: Dar al-Kutub al-‘Ilmiah), n.d. , 435.

[3] Sharabnasi, op. cit., 72.

[4] Khallaf, **Khulasah Tarikh al-Tashrie’ al-Islami**, 32.

(1) เคาะลีฟะฮฺ

ในยุคคุละฟาอุรรอชิดูนมีเคาะลีฟะฮฺทั้งสิ้น 4 ท่าน ได้แก่ เคาะลีฟะฮฺอะบูบักรฺ อัศศิดดีก เคาะลีฟะฮฺอุมัร อิบนุ อัลค็อฏฏอบ เคาะลีฟะฮฺอุษมาน อิบนุอัฟฟาน และเคาะลีฟะฮฺอะลี อิบนุอะบีฏอลิบ (ขออัลลอฮฺทรงโปรดประทานความพึงพอพระทัยต่อพวกเขา) ในฐานะเคาะลีฟะฮฺ ย่อมมีอำนาจหน้าที่สูงสุดในการปกครองและการบริหารจัดการให้เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายอิสลาม ตามเจตนารมณ์แห่งอัลลอฮฺ สืบต่อจากท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ เพียงแต่ไม่มีวะหฺยุหรือโองการใด ๆ มาจากอัลลอฮฺ ในยุคนี้จึงไม่มีการตราบัญญัติกฎหมายขึ้นใหม่ หากเป็นการนำบทบัญญัติที่มีอยู่แล้วโดยสมบูรณ์มาปรับใช้เท่านั้น ดังปรากฏในความตอนหนึ่งของปาฐกถาครั้งแรกของเคาะลีฟะอะบูบักรฺ **“.... พวกท่านทั้งหลายจงเชื่อฟังฉันตราบเท่าที่ฉันเชื่อฟังอัลลอฮฺและศาสนทูตของพระองค์ ฉะนั้น ถ้าหากฉันได้ฝ่าฝืนหรือทรยศต่ออัลลอฮฺและศาสนทูตของพระองค์แล้ว ย่อมไม่มีความจำเป็นใด ๆ เหนือพวกท่านที่จะต้องเชื่อฟังฉัน**” ภายหลังจากที่ท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ ได้กลับสู่ความเมตตาของพระองค์ เคาะลีฟะฮฺอะบูบักรฺอยู่ในตำแหน่งเป็นระยะเวลาเพียง 2 ปี กับ 3 เดือนเศษเท่านั้น ทั้งยังเกิดเหตุการณ์ที่ต้องเผชิญกับการปราบปรามพวกกบฏที่ไม่เคารพต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายอิสลาม โดยเฉพาะอย่างยิ่งการไม่ยอมจ่ายซะกาต

บรรดาเศาะหาบะฮฺหลายท่านที่ได้รับแต่งตั้งจากท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ ให้เป็นผู้ปกครองและผู้พิพากษาประจำเมืองต่าง ๆ เช่น มุอาซ อิบนุ ญะบัล อบูมูซา อัล อัชอารีย์ เคาะลีฟะฮฺอะบูบักรฺก็ยังคงให้พวกเขาดำรงตำแหน่งหน้าที่เป็นผู้ปกครองและผู้พิพากษาในเมืองนั้นๆ ต่อไปเช่นเดิม[1] รวมทั้งได้แต่งตั้งเพิ่มเติมในอีกหลายเมือง แต่เนื่องจากภารกิจของการปกครองยังไม่เป็นภาระหนักเกินไปที่จะรับหน้าที่พิพากษาคดีด้วย เคาะลีฟะฮฺอะบูบักรฺจึงยังไม่แยกงานด้านการปกครองและการศาลออกจากกัน ผู้ปกครองเมืองในสมัยนี้จึงต้องทำหน้าที่ทั้งสองด้าน คือด้านการปกครอง และด้านตุลาการแทนเคาะลีฟะฮฺ

---

[1] ด้วยเหตุนี้ รายงานหนึ่งของท่านอิหม่ามมาลิกที่เล่าจากอัซซุฮรีย์ว่า อบูบักรและอุมัร ไม่เคยแต่งตั้งผู้พิพากษาในยุคของท่านทั้งสอง กระทั่งถึงยุคของท่านมุอาวียะห์ เมื่อเกิดปัญหาวุ่นวายมุอาวียะห์จึงได้แต่งตั้งให้มีผู้พิพากษาดำเนินพิจารณาพิพากษาคดีขึ้นนั้น เป็นรายงานที่ขัดแย้งกับสายรายงานอื่น ๆ อีกมากมายที่รายงานตรงกันเกี่ยวกับการแต่งตั้งผู้พิพากษาของท่านนบีมุฮัมมัด เคาะลีฟะฮฺอบูบักร และเคาะลีฟะฮฺอุมัรในเวลาต่อมา ประจำเมืองต่างๆ สิ่งที่ถูกต้องภายหลังจากการวิเคราะห์และปรับรายงานทั้งสองสาย คือรายงานของท่านอิหม่ามมาลิกควรจะหมายความว่า อบูบักรและอุมัรยังคงทำการพิพากษาคดีอยู่ในขณะที่ได้มอบหมายภาระหน้าที่การพิพากษาแก่ผู้อื่นไปแล้ว โดยมิได้มอบหมายไปหมดสิ้นและละทิ้งการพิพากษาไปเลยเหมือนเช่นในยุคของมุอาวียะห์ การตีความในลักษณะนี้เป็นการรวมความจากทั้งสองสายรายงานและจะทำให้ไม่ขัดแย้งระหว่างสองสายรายงานดังกล่าว

ในยุคเคาะลีฟะฮฺอุมัร โครงสร้างการบริหารและการบังคับใช้กฎหมายอิสลาม ประกอบด้วยเคาะลีฟะฮฺอุมัรเป็นหัวหน้าสูงสุด และมีผู้พิพากษาทั้งภายในนครมะดีนะฮฺและเมืองอื่นๆ ขึ้นต่อเคาะลีฟะฮฺโดยตรง องค์กรบริหารและพัฒนาการใช้กฎหมายอิสลามในยุคเคาะลีฟะฮฺอุมัรจึงอยู่ภายใต้อำนาจของเคาะลีฟะฮฺแต่เพียงผู้เดียวโดยท่านได้แต่งตั้งผู้พิพากษาฝ่ายต่างๆเข้ามาทำงานในด้านที่ได้รับมอบหมายอย่างเป็นระบบ ในนครมะดีนะฮฺ แต่งตั้งให้ท่านอะลี อิบนุอะบีฏอลิบ และซัยดฺ อิบนุษาบิต เป็นผู้พิพากษาคดีที่ยุ่งยากซับซ้อน สำหรับคดีเล็ก ๆ น้อย ๆ ให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาของซาอิบ อิบนุยาซีร เพื่อประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายและการอำนวยความยุติธรรมจึงกล่าวได้ว่าเคาะลีฟะฮฺอุมัร ได้แบ่งขอบข่ายงานด้านตุลาการหรือศาลเป็น 2 ระดับ คือ ระดับต้น เป็นการพิจารณาคดีง่าย ๆ ที่ไม่สลับซับซ้อน และระดับสูง เป็นการพิจารณาคดีที่สำคัญ ๆ ยุ่งยากและสลับซับซ้อน ต้องอาศัยความรอบรู้และไหวพริบปฏิภาณสูง คดีประเภทนี้ให้อยู่ในอำนาจการพิพากษาของผู้พิพากษาอะลี อิบนุอบีฏอลิบ และผู้พิพากษาซัยดฺ อิบนุษาบิต หรือไม่ก็เคาะลีฟะฮฺอุมัรเองหรือทั้งสามท่านร่วมกันพิจารณาพร้อมกับบรรดาผู้รู้ท่านอื่น ๆ ที่เคาะลีฟะฮฺอุมัรเรียกให้มาร่วมปรึกษาหารือเพื่อการพิจารณาพิพากษาคดี

ผู้พิพากษาที่ประจำอยู่ตามเมืองต่าง ๆ นอกเมืองมะดีนะฮฺในยุคนี้ เช่น อับดุลลอฮฺ อิบนุ มัสอู๊ด ประจำเมืองกูฟะฮฺ สุลัยมาน อิบนุ เราะบีอะฮฺ ประจำเมือง กอดีซียะฮฺ ชุรอยหฺ อิบนุอัลหาริษ ประจำเมืองกูฟะฮฺ และอบูมัรยัม ประจำเมืองบัศเราะฮฺ ต่อมาเมื่อ อบูมัรยัมมีสุขภาพอ่อนแอลง เคาะลีฟะฮฺอุมัร จึงได้ให้ออกจากตำแหน่งและแต่งตั้งให้ กะอฺบฺ อิบนุสูร อัลอัซดี ดำรงตำแหน่งแทน[1]

อำนาจในการบริหารฝ่ายตุลาการ เช่น การคัดเลือก การแต่งตั้ง การถอดถอนผู้พิพากษา การพัฒนาและการกำหนดค่าตอบแทน และอื่น ๆ เป็นอำนาจของเคาะลีฟะฮฺ แต่เพียงผู้เดียว

โครงสร้างการบริหารในยุคเคาะลีฟะฮฺอุษมาน ประกอบด้วยเคาะลีฟะฮฺอุษมานเป็นหัวหน้าสูงสุด และมีผู้ปกครองเมืองอื่น ๆ ขึ้นต่อตรงต่อเคาะลีฟะฮฺ โดยผู้ปกครองหรือผู้ว่าการประจำเมืองนั้น ๆ จะปฏิบัติหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีเองหรือจะแต่งตั้งผู้อื่นที่มีคุณสมบัติเหมาะสมปฏิบัติหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีเป็นการเฉพาะในเมืองนั้น ๆ แทนผู้ปกครองก็ได้ องค์กรบริหารและพัฒนาการใช้กฎหมายอิสลามในยุคเคาะลีฟะฮฺอุษมาน จึงอยู่ภายใต้อำนาจของเคาะลีฟะฮฺแต่เพียงผู้เดียว โดยมีผู้ที่มีความรู้และประสบการณ์ในด้านตุลาการเป็นที่ปรึกษา

นักวิชาการอิสลามส่วนหนึ่งมีความเห็นว่า เคาะลีฟะฮฺอุษมานได้ทำการปฏิวัติระบบศาลใหม่แตกต่างกับศาลในยุคของเคาะลีฟะฮฺอบูบักรและเคาะลีฟะฮฺอุมัร กล่าวได้ว่าบทบาท

---

[1] Wasil, **Al-Sultah al-Qadha-iahwanizamuh fi al-Islam**, (Cairo : al-Tuafiqiah), 1403 :58.

แรกในด้านตุลาการของเคาะลีฟะฮฺอุษมาน คือ การให้พ้นจากตำแหน่งผู้พิพากษาแห่งเมืองมะดีนะฮฺของท่านอะลี อิบนุ อาบีฏอลิบ และท่านอื่น ๆ ทำให้อำนาจการพิจารณาพิพากษาภายในเมืองมะดีนะฮฺเป็นของเคาะลีฟะฮฺแต่เพียงผู้เดียว ในการพิจารณาพิพากษาคดีนั้นเคาะลีฟะฮฺอุษมาน ได้ดำเนินการโดยให้บรรดาอดีตผู้พิพากษาที่พ้นจากตำแหน่งหน้าที่มาเป็นที่ปรึกษาของท่าน หากความคิดเห็นของพวกเขาสอดคล้องกับความคิดเห็นของท่าน ท่านก็จะพิพากษาคดีตามนั้น แต่หากไม่สอดคล้องกับความคิดเห็นของท่าน ท่านจะรับไว้พิจารณาโดยยึดเอาการวินิจฉัยของท่านเป็นที่สุด และไม่เป็นที่ปรากฏว่าเคาะลีฟะฮฺอุษมานได้แต่งตั้งหรือมอบหมายให้บุคคลใดมีหน้าที่พิพากษาคดี ตราบจนกระทั่งท่านได้ถูกลอบสังหารในปี ฮ.ศ. 35[1]

อย่างไรก็ตาม นักวิชาการบางท่านมีความเห็นว่าไม่มีหลักฐานใดที่ระบุชัดเจนว่าเคาะลีฟะฮฺอุษมานได้ปลดหรือสั่งให้บรรดาผู้พิพากษาแห่งนครมะดีนะฮฺพ้นจากตำแหน่งหน้าที่ เพราะหลักฐานที่ปรากฏอย่างมากที่สุดยังคงสันนิษฐานได้ว่าท่านเคาะลีฟะฮฺอุษมาน ยอมรับบรรดาผู้พิพากษาแห่งนครมะดีนะฮฺที่เคยได้รับแต่งตั้งในยุคของท่านเคาะลีฟะฮฺอุมัร เพียงแต่เคาะลีฟะฮฺอุษมานได้เข้ามารับภาระด้านการพิพากษาอรรถคดีต่าง ๆ จำนวนมากด้วยตัวเอง โดยปรึกษาหารือกับบรรดาผู้พิพากษาเหล่านั้น ซึ่งอยู่ในขอบข่ายอำนาจหน้าที่ของเคาะลีฟะฮฺที่จะพึงกระทำได้ เช่นเดียวกับที่เคาะลีฟะฮฺอบูบักรฺเคยปฏิบัติในขณะที่ได้แต่งตั้งท่านอุมัร อิบนุ อัลค็อฏฏอบ เป็นผู้พิพากษาในยุคของท่านเคาะลีฟะฮฺอบูบักรฺ นอกจากนั้นยังมีตำราทางประวัติศาสตร์ระบุว่า **“ภาระงานตุลาการของท่านอุษมานในขณะนั้นอยู่ภายใต้ความรับผิดชอบของซัยดฺ อิบนุษาบิต”**[2] ซึ่งเป็นหลักฐานบ่งชี้ว่าเคาะลีฟะฮฺอุษมานยังคงยอมรับให้ ซัยดฺ รับผิดชอบงานตุลาการตลอดจนการพิจารณาพิพากษาคดี

ในยุคเคาะลีฟะฮฺอะลี อิบนุอะบีฏอลิบ โครงสร้างการบริหารประกอบด้วยเคาะลีฟะฮฺอะลีเป็นหัวหน้าสูงสุด และมีผู้พิพากษาทั้งภายในนครมะดีนะฮฺและหัวเมืองอื่นๆ ขึ้นต่อท่านโดยตรง องค์กรบริหารและพัฒนาการใช้กฎหมายอิสลามในยุคเคาะลีฟะฮฺอะลี จึงอยู่ภายใต้อำนาจของเคาะลีฟะฮฺ แต่เพียงผู้เดียว โดยท่านได้แต่งตั้งผู้พิพากษาฝ่ายต่าง ๆ เข้ามาปฏิบัติหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายอย่างเป็นระบบ

การศาลในยุคของเคาะลีฟะฮฺอะลี อิบนุอบีฏอลิบ มีลักษณะสำคัญ คือ การแยกอำนาจตุลาการเป็นอิสระออกจากอำนาจการบริหารและการปกครองอื่น ๆ เคาะลีฟะฮฺอะลีไม่ประสงค์ให้ผู้ปกครองหรือผู้ว่าการเมืองต่าง ๆ มีอำนาจทั้งการปกครองและตุลาการ ซึ่งเป็น

---

[1] Qattan, op. cit., 54.

[2] Qattan, ibid., 54.

แนวความคิดที่คล้ายคลึงกับแนวปฏิบัติในยุคของเคาะลีฟะฮฺอุมัร ทั้งนี้ เพราะภาระงานของผู้ปกครองที่มากล้นและยากที่จะให้บังเกิดความยุติธรรมอีกทั้งอาจถูกครหาได้

แม้เคาะลีฟะฮฺอะลีจะเป็นผู้ปราดเปรื่องเรื่องการศาลมาตั้งแต่เยาว์วัย แต่ในยุคสมัยที่ท่านดำรงตำแหน่งเป็นเคาะลีฟะฮฺ เกิดความวุ่นวายทางการเมืองและความไม่สงบภายในอาณาจักรอิสลาม จึงทำให้ท่านต้องหมกมุ่นอยู่กับการแก้ปัญหาและสร้างความสงบเรียบร้อยภายใน แต่ต่อมาเมื่อสถานการณ์ทางการเมืองเพลาลง จึงเป็นช่วงโอกาสที่ท่านได้ให้ความสำคัญกับการศาล ท่านได้พิจารณาพิพากษาคดีต่าง ๆ ด้วยตนเองอย่างจริงจัง รวมทั้งร่วมประชุมปรึกษาหารือและพิจารณาข้อเท็จจริงต่าง ๆ ร่วมกับบรรดาเศาะหาบะฮฺผู้อาวุโสอื่น ๆ ในการปรับใช้กฎหมายอิสลาม

(2) ผู้ปกครองเมือง (วาลี)/ผู้พิพากษา

เคาะลีฟะฮฺอบูบักรได้ให้การยอมรับผู้ปกครองเมืองต่าง ๆ ที่เคยได้รับการแต่งตั้งในยุคของท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ ดำรงตำแหน่งและปฏิบัติหน้าที่ต่อไปเช่นเดิม ได้แก่อุตาบอิบนุอุสัยดฺ ผู้ปกครองเมืองมักกะฮฺ ฮฺอุษมาน อิบนุ อะบีอัลอาศ ผู้ปกครองเมืองฏออิฟ[1] อบูมูซา อัลอัชอารีย์ ผู้ปกครองเมืองซุบัยดฺ ริมะอฺ และเอเธนแห่งเยเมน มุอาซ อิบนุญะบัล ผู้ปกครองเมืองญันดฺแห่งเยเมนและได้แต่งตั้งใหม่เพิ่มเติม คือ อะลาอฺ อิบนุ อัลอัฎรอมีย์ เป็นผู้ปกครองบาห์เรน[2] ซิยาด อิบนุ ละบีด เป็นผู้ปกครองเมืองหัฎรอเมาตฺ[3] ยะอฺลา อิบนุอุมัยยะฮฺ เป็นผู้ปกครองเมืองคูลาน[4] ญะรีร อิบนุอับดุลลอฮฺ อัลบะญะลี เป็นผู้ปกครองเมืองนัจญรอน[5] อับดุลลอฮฺ อิบนุเษารฺ เป็นผู้ปกครองเมืองหูช อิยาฎ อิบนุฆ็อนมฺ อัลฟะฮฺรี เป็นผู้ปกครองเมืองเดามะตุ้ลญันดัล[6]

ในยุคเคาะลีฟะฮฺอุมัร ผู้ปกครองเมืองต่าง ๆ ที่ปฏิบัติหน้าที่เป็นผู้ปกครองเมืองและพิพากษาคดีด้วย เช่นยะอฺลา อิบนุ อุมัยยะฮฺ ผู้ปกครองเมืองศ็อนอาอฺซุฟยาน อิบนุ อับดุลลอฮฺ อัษษะเกาะฟีย์ผู้ปกครองเมืองฏออิฟ อับดุลลอฮฺ อิบนุ อะบีรอบีอะฮฺ ผู้ปกครองเมืองอัลญนดฺ แคว้น

---

[1] เมืองฏออิฟ : ชื่อเมืองในประเทศซาอุดิอารเบีย ห่างจากเมืองมักกะฮฺ 68 กิโลเมตร ในสมัยก่อนฏออิฟเป็นเมืองศูนย์กลางทางการค้าเนื่องจากเป็นจุดบรรจบของเส้นทางสายต่าง ๆ จากทั้งสี่ทิศ

[2]- Al Sallabi, **Fasl al-Khitab fi Sirah ibn al-Khattab Amir al-Muminin ‘Umar bin al-Khattab Radhiya Allah ‘AnhShaksiyatuhwa’ Asruh**, (Cairo: al-Sahabah), 2002, 86.

[3] เมืองหัฎรอเมาตฺ: ชื่อเมืองในประเทศเยเมน เป็นเมืองสำคัญอันดับสามรองจากศ็อนอาอฺ และเอเธน

[4] เมืองคูลาน: ชื่อเมืองในประเทศเยเมนใกล้เมืองศ็อนอาอฺ

[5] เมืองนัจญรอน: ชื่อเมืองในประเทศซาอุดิอารเบีย ตั้งอยู่ทางทิศตะวันตกเฉียงใต้ใกล้กับประเทศเยเมน

[6] เมืองเดามะตุ้ลญันดัล: ชื่อเมืองในประเทศซาอุดิอารเบีย ตั้งอยู่ทางทิศตะวันตกเฉียงใต้ เป็นเมืองที่มีร่องรอยอารยธรรมโบราณมาตั้งแต่ก่อนคริสตกาล

หนึ่งในเยเมน อัลมุฆีเราะฮฺ อิบนุ ชุอฺบะฮฺ ผู้ปกครองเมืองกูฟะฮฺ[1] มุอาวิยะฮฺ อิบนุ อะบีซุฟยาน[2] ผู้ปกครองเมืองชาม[3] อุษมาน อิบนุ อะบีอัลอาศ อัษษะเกาะฟีย์ ผู้ปกครองเมืองบะหฺรัยนฺ และโอมาน อะบูมูซา อัลอัชอารีย์ ผู้ปกครองเมืองบัศเราะฮฺ อุมัยรฺ อิบนุ ซะอฺดฺ ผู้ปกครองเมืองหิมศฺ[4]

ในยุคเคาะลีฟะฮฺอุษมาน อิบนุอัฟฟานเป็นการรวมอำนาจตุลาการและอำนาจบริหารไว้ด้วยกัน คือกำหนดให้การพิพากษาคดีอยู่ในอำนาจหน้าที่ของผู้ปกครอง ดังจะเห็นได้จากสาส์นหลายฉบับที่ส่งไปยังผู้ปกครองหัวเมืองต่าง ๆ โดยไม่มีสาส์นฉบับใดจากเคาะลีฟะฮฺไปถึงผู้พิพากษาเป็นการเฉพาะเหมือนเช่นในยุคของเคาะลีฟะฮฺอุมัร และกรณีของการปลดกะอฺบฺ อิบนุศูรออกจากตำแหน่งผู้พิพากษาประจำเมืองบัศเราะฮฺให้อยู่ภายใต้ความรับผิดชอบของอบูมูซา อัลอัชอารีย์ซึ่งเป็นผู้ปกครอง(วาลี)เมืองอยู่ในขณะนั้น ย่อมแสดงให้เห็นว่าการศาลและการบริหารกิจการด้านการปกครองอื่น ๆ รวมอยู่ด้วยกัน

ผู้ปกครองเมืองต่าง ๆ ในยุคเคาะลีฟะฮฺอุษมานเช่น นาฟิอฺ อิบนุ อัลหาริษ อัลคุซาอีย์ ผู้ปกครองเมืองมักกะฮฺ ยะอฺลา อิบนุ มุนยะฮฺ ผู้ปกครองเมืองศ็อนอาอฺ อับดุลลอฮฺ อิบนุ เราะบีอะฮฺ ผู้ปกครองเมืองญุนดฺ ในเยเมน อบูมูซา อัลอัชอารีผู้ปกครองเมืองบัศเราะฮฺ และกูฟะฮฺตามลำดับอับดุลลอฮฺ อิบนุ อามีร ผู้ปกครองเมืองบัศเราะฮฺ ภายหลังอบูมูซา อัลอัชอารีย์มุอาวิยะฮฺ อิบนุ อะบีซุฟยาน ผู้ปกครองเมืองดามัสกัส อุมัยรฺ อิบนุ ซะอฺผู้ปกครองเมืองหิมศฺอัมรฺ อิบนุ อัลอาศ ผู้ปกครองเมืองไคโรและอเล็กซานเดรีย[5]

ในยุคเคาะลีฟะฮฺอะลีผู้ปกครองเมืองต่างๆ สามารถแต่งตั้งผู้พิพากษาได้โดยตรงตามคุณลักษณะที่ท่านระบุไว้ในแนวนโยบายของท่าน ดังเช่นสาส์นที่ส่งไปยังอัลอัชตัร อิบนุมาลิก อัลนะเคาะอีย์ผู้ครองเมืองอียิปต์ ในสาส์นนั้นมีความตอนหนึ่งระบุว่า

"...หลังจากนั้น ท่านจงเลือกเฟ้นบุคคลที่ท่านเห็นว่าประเสริฐที่สุดในบรรดาประชาราษฎร์ของท่าน เพื่อทำการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีระหว่างมวลมนุษย์ เป็นบุคคลที่ไม่ทำให้ท่านรู้สึกคับแคบต่อการดำเนิน

---

1 เมืองกูฟะฮฺ: ชื่อเมืองในประเทศอิรักตั้งอยู่ทางฝั่งตะวันตกของแม่น้ำยูเฟรติส

2 มุอาวิยะฮฺ อิบนุ อะบีซุฟยาน: มุอาวิยะฮฺ บุตรของอะบีซุฟยาน เคาะลีฟะฮฺหรือกาหลิบท่านแรกแห่งราชวงศ์อุมัยยะฮฺ เกิดก่อนปี ฮ.ศ. 20 สิ้นชีวิต ปี ฮ.ศ. 60 (ค.ศ. 603 - 680) เป็นผู้เคยได้รับแต่งตั้งเป็นทั้งแม่ทัพและผู้ปกครองเมืองในสมัยเคาะลีฟะฮฺอุมัรและเคาะลีฟะฮฺอุษมาน และดำรงตำแหน่งเคาะลีฟะฮฺแห่งราชวงศ์อุมัยยะฮฺ ในช่วงระหว่างปี ฮ.ศ. 41-60 (ค.ศ. 661-680)

3 เมืองชาม: ดินแดนแห่งแคว้นชามในอดีต ครอบคลุมประเทศซีเรีย จอร์แดนเลบานอน และปาเลสไตน์ในปัจจุบัน

4 Al-Tabari, **Tarikh al-Tabari**, (Beirut: Dar al-Kutub al-'Ilmiah), 1997, 587.

5 Al-Tabari, ibid., 590 – 591.

ภาระงานทั้งหลาย และไม่ใช่บุคคลที่ชอบต่อล้อต่อเถียงกับคู่กรณีพิพาท เป็นคนไม่ดื้อรั้นอยู่ในความต่ำทราม เป็นคนที่พร้อมจะหวนกลับสู่ความถูกต้องทุกขณะเมื่อรู้ความจริง เป็นผู้ไม่มีจิตใจโลภโมโทสัน เป็นผู้ไม่พอเพียงด้วยการเข้าใจเพียงเปลือกผิวไม่ลุ่มลึก เป็นผู้ที่ยับยั้งจากบรรดาสิ่งที่คลุมเครือในหมู่พวกเขามากที่สุด เป็นผู้ที่ยึดถือในเหตุผลและหลักฐานในหมู่พวกเขามากที่สุด เป็นผู้ที่รังเกียจต่อการซักถามยอกย้อนของคู่พิพาทในหมู่พวกเขาน้อยที่สุด เป็นคนที่อดทนมากที่สุดในหมู่พวกเขาต่อการค้นหาข้อความจริง เป็นคนที่เด็ดเดี่ยวที่สุดในหมู่พวกเขาขณะที่คำพิพากษากระจ่างชัด เป็นคนที่ไม่เสื่อมลงเพราะการถกเถียงดันทุรัง และเป็นคนไม่โอนเอนตามแรงยั่วยุ และผู้ที่มีคุณลักษณะครบถ้วนตามที่กล่าวมานี้มีเพียงน้อยนิด..."[1]

สาส์นฉบับนี้บ่งชี้ถึงนโยบายบางประการของเคาะลีฟะฮฺอะลี อิบนุ อะบีฏอลิบ เกี่ยวกับการศาลโดยเฉพาะในเรื่องการคัดเลือกผู้พิพากษา ลักษณะหรือคุณสมบัติของผู้พิพากษา ซึ่งเคาะลีฟะฮฺอะลีได้มอบหมายให้แก่ผู้ปกครองเมือง

(3) มุฟตีย์

มุฟตีย์ คือ ผู้ที่มีความรู้ความสามารถในการวิเคราะห์วินิจฉัยในยุคคุละฟาอุรรอชิดูนมีเศาะหาบะฮฺอาวุโสที่อยู่ในสถานะมุฟตีย์ที่มีความรอบรู้และเกียรติยศสูงส่งเป็นที่ยอมรับของบรรดาเศาะหาบะฮฺทั่วไป คือ เคาะลีฟะฮฺทั้ง 4 ท่าน นอกจากนั้น เช่นอับดุลลอฮฺ อิบนุมัสอูด[2] ซัยดฺ อิบนุษาบิต อับดุลลอฮฺ อิบนุอับบาส[3] อับดุลลอฮฺ อิบนุอุมัร[4] และอับดุลลอฮฺ อิบนุเอาฟฺ[1] อุบัยดฺ อิบนุ

---

1 Arnus, op. cit., 17.

2 อับดุลลอฮฺ อิบนุมัสอูด: อับดุลลอฮฺ บุตรของมัสอูด อัลฮุซะลีย์ เป็นเศาะหาบะฮฺอาวุโสของท่านนบีมุฮัมมัด ศ็อลลัลลอฮุอะลัยฮิวะสัลลัม ไม่ปรากฏปีเกิด เสียชีวิต ปี ฮ.ศ. 32 (ค.ศ. 653) เป็นชาวมักกะฮฺ คนแรกที่อ่านกุรอ่านด้วยเสียงที่ดังอย่างเปิดเผย มีร่างเตี้ย ชอบใส่น้ำหอมจนเป็นที่รู้จักของคนทั่วไป

3 อับดุลลอฮฺ อิบนุอับบาส: อับดุลลอฮฺ บุตรของอับบาส บุตรของอับดุลมุฏเฏาะลิบ อัลกุรอชีย์ เป็นเศาะหาบะฮฺของท่านนบีมุฮัมมัด ศ็อลลัลลอฮุอะลัยฮิวะสัลลัม เกิด ณ เมืองมักกะฮฺ ก่อน ฮ.ศ. 3 เสียชีวิต ปี ฮ.ศ. 68 (ค.ศ. 619 – 687) เติบโตในศาสนาอิสลาม ติดตามท่านนบีอย่างใกล้ชิดและสม่ำเสมอ

4 อับดุลลอฮฺ อิบนุอุมัร: อับดุลลอฮฺ บุตรของอุมัร บุตรของอัลค็อฏฏอบ อัลอะดะวีย์ เป็นเศาะหาบะฮฺของท่านนบีมุฮัมมัด ศ็อลลัลลอฮุอะลัยฮิวะสัลลัม เกิด ณ เมืองมักกะฮฺ ก่อน ฮ.ศ. 10 เสียชีวิต ปี ฮ.ศ. 73 (ค.ศ. 613 – 692) เติบโตในศาสนาอิสลาม อพยพไปยังเมืองมะดีนะฮฺพร้อมกับบิดา เป็นผู้อธิบายปัญหาทางศาสนา

กะบุ[2] ท่านหญิงอาอิชะห์รวม 9 ท่าน ซึ่งเป็นแหล่งอ้างอิงให้กับบรรดาเศาะหาบะฮฺ เนื่องจากมิใช่ว่าเศาะหาบะฮฺทุกคนจะสามารถวิเคราะห์วินิจฉัยได้ เพราะส่วนหนึ่งเป็นสามัญชนที่ต้องประกอบอาชีพ อีกส่วนหนึ่งมีโอกาสได้เรียนรู้ ติดตาม และซึมซับแบบอย่างของท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ จึงย่อมมีความเข้าใจทั้งตัวบทและเจตนารมณ์แห่งบทบัญญัติมากกว่า บรรดาเศาะหาบะฮฺกลุ่มนี้จึงมีภาระหน้าที่ที่จะต้องอธิบายตัวบท วินิจฉัยประเด็นปัญหาหรือข้อซักถามต่างๆ แก่บุคคลทั่วไป[3]

3.1.3 การใช้กฎหมายอิสลามและองค์กรบริหารและพัฒนาการใช้กฎหมายอิสลามในยุคเคาะลีฟะฮฺสายสกุลอุมัยยะฮฺ[4]

3.1.3.1 การใช้กฎหมายอิสลามในยุคเคาะลีฟะฮฺสายสกุลอุมัยยะฮฺ

การใช้กฎหมายอิสลามในยุคเคาะลีฟะฮฺสายสกุลอุมัยยะฮฺ มีลักษณะที่ไม่แตกต่างไปจากการใช้กฎหมายอิสลามในยุคที่ผ่านมาก่อนหน้ามากนัก โดยเฉพาะอย่างยิ่งในยุคของเคาะลีฟะฮฺอุมัร อิบนุอับดุลอะซีซ ผู้ได้รับสมญานามว่าเป็นเคาะลีฟะฮฺผู้ทรงธรรมที่ห้าถัดจากทั้งสี่ท่านในยุคคุละฟาอุรรอชิดูนแนวทางการบริหารการปกครองและการศาลคล้ายคลึงกับยุคคุละฟาอุรรอชิดูนเป็นอย่างมาก ไม่ว่าในเรื่องเกี่ยวกับอำนาจตุลาการ กระบวนการพิจารณาพิพากษาอรรถคดี การคัดเลือกผู้พิพากษา รวมไปถึงการแบ่งแยกอำนาจตุลาการเป็นอิสระจากอำนาจบริหารและการปกครองอื่น ๆ เพียงแต่ในยุคนี้บรรดาเศาะหาบะฮฺได้ย้ายถิ่นที่อยู่ไปสู่เมืองต่าง ๆ เป็นจำนวนมากและอิสลามได้แผ่ขยายกว้างขวาง ทำให้มุสลิมต้องเผชิญกับปัญหาต่าง ๆ ในชีวิตประจำวันซึ่งไม่เคยปรากฏมาก่อนในยุคของท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ ประกอบการดำเนินการทางการเมืองการปกครอง

อิสลามที่ได้รับการเชื่อถือแพร่หลาย ในบั้นปลายของชีวิตตามองไม่เห็นและเป็นเศาะหาบะฮฺคนสุดท้ายที่เสียชีวิต ณ มักกะฮฺ

1 อับดุลลอฮฺ อิบนุเอาฟฺ: อับดุลลอฮฺ บุตรของเอาฟฺ คือ น้องชายของอับดุรเราะห์มาน เป็นบิดาของฏอลหะฮฺ ได้เข้ารับอิสลามในวันพิชิตมักกะฮฺ บางรายงานระบุว่าเข้ารับอิสลามหลังจากวันดังกล่าว และพำนักอยู่ ณ เมืองมดีนะฮฺ สิ้นชีวิตหลังจากอับดุรเราะห์มานผู้เป็นพี่ชาย

2 อุบัยดฺ อิบนุกะบฺ : อุบัย บุตรของกะบฺ จากเผ่าอันนัจญ้าร เป็นคนร่างผอม เตี้ย ผมและเคราขาวก่อนเข้ารับอิสลามเคยเป็นบาดหลวงชาวยิว ที่มีความรู้เกี่ยวกับคัมภีร์ต่าง ๆ ในสมัยก่อน มีความสามารถในการอ่านและเขียน เป็นบุคคลหนึ่งที่ได้ทำการบันทึกอัลกุรอานให้กับท่านนบี และเป็นผู้รวบรวมอัลกุรอานในสมัยเคาะลีฟะฮฺอุษมาน สิ้นชีวิต ณ เมืองมดีนะฮฺ

3 Khallaf , **KhulasahTarikh al-Tashrie' al-Islami**, 32.

4 ยุคเคาะลีฟะฮฺสายสกุลอุมัยยะฮฺ: เริ่มสถาปนาขึ้นใน ปี ฮ.ศ. 41 ตรงกับ ค.ศ. 661 โดยเคาะลีฟะฮฺมุอาวิยะฮฺ อิบนุอบูซุฟยาน อิบนุหัรบฺ อิบนุอุมัยยะฮฺ "อุมะวียูน" จึงเป็นชื่อที่ถูกตั้งขึ้นโดยคำนึงถือตระกูล คือ ชื่อปู่ทวดของท่าน คือ อุมัยยะฮฺ ในยุคนี้มีเคาะลีฟะฮฺปกครองทั้งหมด 14 ท่าน สิ้นสุดลงในปี ฮ.ศ. 132 ตรงกับ ค.ศ. 680 (Hasan, op. cit., 1-226.)

ในยุคนี้แตกต่างจากยุคคุละฟาอุรรอชิดูนบางประการ ที่สำคัญ เช่น การใช้ระบบการสืบทอดราชอำนาจหรือรัชทายาทคล้ายกับระบบกษัตริย์ ซึ่งขัดต่อหลักการอิสลามเป็นสาเหตุสำคัญที่ทำให้เกิดความขัดแย้งระหว่างบรรดานักปราชญ์กับฝ่ายผู้มีอำนาจทางการปกครอง นักปราชญ์จำนวนไม่น้อยปลีกตัวออกจากการเมือง บ้างก็ปฏิเสธการให้สัตยาบันต่อเคาะลีฟะฮฺ และทุ่มเทเวลาและกำลังความสามารถไปกับวิชาการ ฟิกฮฺ หะดีษ และการสอนอัลกุรอาน[1]

การปรับใช้กฎหมายอิสลามโดยการวิเคราะห์วินิจฉัยของบรรดานักปราชญ์ในยุคนี้มีสาระสำคัญ 2 ประการคือ ประการแรก เป็นการใช้โดยการวิเคราะห์วินิจฉัยตัวบทเพื่อความเข้าใจบทบัญญัติอิสลามและการปรับใช้กับเหตุการณ์หรือกรณีต่าง ๆ ประการที่สอง คือ การใช้โดยการวิเคราะห์และสังเคราะห์ (อิสติมบาฏ) ข้อบัญญัติทางศาสนา(หุกมฺ) และการใช้วิจารณญาณเพื่อค้นหาหุกมฺต่อประเด็นปัญหาต่าง ๆ ซึ่งไม่ปรากฏในตัวบทอัลกุรอานและสุนนะฮฺ ตลอดจนในอิจญ์มาอฺและคำกล่าวของเศาะหาบะฮฺ[2]

การปรับใช้กฎหมายอิสลามทั้งสองประเภทดังกล่าวในยุคนี้ดำเนินไปด้วยความยากลำบาก เนื่องจากเศาะหาบะฮฺส่วนใหญ่มิได้พำนักอยู่ในเมืองมะดีนะฮฺเหมือนเช่นในยุคคุละฟาอุรรอชิดูน แต่ได้แยกย้ายกันไปอยู่ตามหัวเมืองต่าง ๆ ส่งผลให้หะดีษของท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ ซึ่งในขณะนั้นยังไม่มีการบันทึกหะดีษจึงสร้างความยากลำบากในการทราบถึงสุนนะฮฺของท่านนบี รวมทั้งในยุคนี้มีการปลอมหะดีษขึ้นมากมาย ส่งผลให้ต้องมีการตรวจสอบสายรายงานหะดีษอย่างเข้มงวดในการนำมาเป็นหลักฐานปรับใช้กับข้อเท็จจริงหรือกรณีต่าง ๆ ภารกิจของนักกฎหมายอิสลามในยุคนี้จึงเป็นภารกิจที่หนักหน่วงอย่างยิ่ง[3]

ลักษณะสำคัญของการใช้กฎหมายอิสลามโดยศาลในยุคเคาะลีฟะฮฺสายสกุลอุมัยยะฮฺ โดยสรุป คือ

1. การตัดสินคดีความเป็นไปอย่างอิสระ ปราศจากการแทรกแซงจากฝ่ายการเมืองการปกครอง และคำตัดสินของผู้พิพากษาถือเป็นเด็ดขาด และต้องปฏิบัติตาม

2. ผู้พิพากษาพิจารณาพิพากษาอรรถคดีโดยการวินิจฉัย ยึดตัวบทแห่งคัมภีร์อัลกุรอาน สุนนะฮฺ และอิจญ์มาอฺเป็นบรรทัดฐาน

3. เคาะลีฟะฮฺซึ่งเป็นผู้นำสูงสุดมีอำนาจในการควบคุมดูแลการทำงาน และสามารถปลดผู้พิพากษาที่ขาดคุณสมบัติหรือประพฤติปฏิบัติไม่เหมาะสม

---

[1] Al-Dusuqi and al-Jabir, op. cit.,110-111.

[2] Khallaf , **al-Sultat al-Thalath fi al-Islam: al-Tashrie' wa al-Qadhaawa al-Tanfiz** , 22.

[3] Sharabnasi, op. cit., 72-79.

4. มีการบันทึกกระบวนการพิจารณาและพิพากษาคดี เนื่องจากมีปัญหาข้อพิพาทขัดแย้งเพิ่มมากขึ้นซึ่งคู่กรณีมักให้การขัดแย้งกัน จนบางครั้งมีการนำคดีที่ศาลได้พิพากษาแล้วมาฟ้องร้องใหม่ จึงกำหนดให้มีการบันทึกการพิจารณาคดีและคำตัดสินไว้เป็นหลักฐาน ท่านกินดีย์กล่าวว่า **“ท่านสุลัยมฺ อิบนุ อันซฺ ผู้พิพากษา(กอฎี)ของมุอาวียะฮฺ อิบนุอบีซุฟยาน ประจำอียิปต์ ได้พิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับมรดกคดีหนึ่ง เมื่อตัดสินแล้วคู่กรณีปฏิเสธคำพิพากษา และนำปัญหาคดีนั้นกลับมาสู่กอฎีสุลัยมฺอีก กอฎีก็ตัดสิน เมื่อตัดสินเสร็จเรียบร้อยก็บันทึก โดยให้นายทหารอาวุโสมาเป็นพยาน”**[1]

การใช้กฎหมายอิสลามในยุคเคาะลีฟะฮฺสายสกุลอุมัยยะฮฺยังคงยึดแหล่งที่มาดั้งเดิมเช่นเดียวกับในยุคคุละฟาอุรรอชิดูน คือ ยึดถือคำภีร์อัลกุรอาน สุนนะฮ อิจญ์มาอฺ และอัลกิยาส ตามลำดับ [2]สำหรับอัลกุรอานนั้นได้ถูกบันทึก จดจำและจัดทำต้นฉบับ 7 ฉบับ ตั้งแต่ในยุคเคาะลีฟะฮฺอุษมานและได้ส่งต้นฉบับไปตามเมืองสำคัญ ๆ ในยุคนี้เมื่อมีปัญหาขัดแย้งเกี่ยวกับคัมภีร์อัลกุรอานทุกคนก็จะยึดอัลกุรอานฉบับเคาะลีฟะฮฺอุษมานเป็นหลัก ส่วนสุนนะฮฺของท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ ในยุคนี้ยังไม่มีการบันทึก แต่อยู่ในความจดจำของบรรดาเศาะหาบะฮฺ และเศาะหาบะฮฺแต่ละท่านจดจำสุนนะฮฺได้ไม่เท่ากัน เมื่อพวกเขากระจายออกไปพำนักอาศัยอยู่ตามเมืองต่าง ๆ ทำให้บางเมืองมีสุนนะฮฺบางเมืองไม่มีหรือมีน้อย เช่น หิญาซ[3] มีร่องรอยแห่งสุนนะฮฺอยู่มากเนื่องจากเป็นถิ่นที่ท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ เคยพำนักอยู่ในขณะที่ดินแดนอิรักมีสุนนะฮฺเพียงเล็กน้อย ซ้ำยังมีการปลอมหะดีษ เกิดขึ้นมากมาย[4]ด้วยเหตุนี้ ทำให้นักปราชญ์แห่งอิรักต้องมีการเข้มงวดในการตรวจสอบสายรายงานหะดีษอย่างมาก เพื่อความมั่นใจในความถูกต้องของตัวบทหะดีษก่อนที่จะนำหะดีษใด ๆ มาอ้างเป็นหลักฐานในการวิเคราะห์วินิจฉัยปัญหาทางกฎหมาย

ส่วนการอิจญ์มาอฺหรือมติเอกฉันท์ของบรรดาผู้รู้ระดับมุจญ์ตะฮิดนั้นในยุคคุละฟาอุรรอชิดูนเกิดขึ้นได้ง่ายเนื่องจากเศาะหาบะฮฺทั้งหมดพำนักอยู่ในเมืองมดีนะฮฺ เฉพาะอย่างยิ่งในยุคเคาะลีฟะฮฺอุมัรมีการห้ามมิให้เศาะหาบะฮฺออกไปอยู่นอกเมืองมะดีนะฮฺ เพื่อความสะดวกในการขอคำปรึกษาหารือ กระทั่งเมื่อสิ้นยุคของเคาะลีฟะฮฺอุษมาน เศาะหาบะฮฺกระจายไปอยู่ตามเมืองต่างๆ ทำให้เป็นอุปสรรคต่อการประชุมหารือและลงมติ[5]ในยุดเคาะลีฟะฮฺสายสกุลอุมัยยะฮฺ อิจญ์มาอฺจึงกลายเป็นเรื่องยากและเกิดขึ้นน้อยมาก

---

1 Hasan, op. cit.,398.

2 Khallaf, **Khulasah Tarikh al-Tashrie' al-Islami**, 69.

3 หิญาซ : ชื่อแคว้นของดินแดนด้านตะวันตกของคาบสมุทรอาหรับ ปัจจุบันคือประเทศซาอุดิอารเบีย

4 Al-Dusuqi and al-Jabir, op. cit.,109-110.

5 Al-Zarqa , **al- Madkhal al-Fiqhi al-A'am** 1, (Damascus: Dar al-Qalam),1998, 79.

สำหรับการกิยาสหรือการเปรียบเทียบมีการปรับใช้น้อยในดินแดนหิญาซ ชาม อียิปต์ และอื่น ๆ ที่ได้รับอิทธิพลแนวคิดแบบนักหะดีษ คือ มุ่งเน้นการใช้กฎหมายโดยตรงตามตัวบท ต่างกับนักปราชญ์ในดินแดนอิรักหรือสถาบันวิจารณญาณ มุ่งเน้นการใช้วิจารณญาณในการเข้าใจตัวบทและเจตนารมณ์แห่งบทบัญญัติ มีการคิดค้นหาเหตุผลของการบัญญัติ ทำให้การกิยาสในดินแดนแถบนี้แพร่หลายอย่างกว้างขวาง มีการนำเหตุการณ์ใหม่ ๆ มาเปรียบเทียบกับเหตุการณ์ต่าง ๆ ในอดีต และตัดสินไปในลักษณะเดียวกันหากมีเหตุแห่งหุกมฺ (อิลละฮฺ)เดียวกัน

ในยุคนี้เกิดวิธีวิทยาการวิเคราะห์วินิจฉัยเกี่ยวกับการใช้กฎหมายอิสลามของบรรดานักกฎหมายอิสลามที่มีความแตกต่างกัน เนื่องจากแนวทางการวิเคราะห์วินิจฉัยของบรรดาเศาะหาบะฮฺอาวุโสในยุคคุละฟาอุรรอชิดูนมีลักษณะเด่นที่ต่างกัน เช่น แนวทางของเคาะลีฟะฮฺอุมัร อิบนุ อัลค็อฏฏอบ มุ่งเน้นถึงเจตนารมณ์และจิตวิญญาณของบทบัญญัติแห่งอัลกุรอานและสุนนะฮฺ และให้ความสำคัญกับประโยชน์สาธารณะเป็นด้านหลัก ในขณะที่ซัยดฺ อิบนุ อัลหาริษะฮฺมุ่งเน้นการยึดมั่นในตัวบทโดยเคร่งครัด ไม่พิจารณาถึงเจตนารมณ์ บรรดาเศาะหาบะฮฺรุ่นเยาว์ และกลุ่มตาบิอีนรุ่นแรกก็ได้รับอิทธิพลจากแนวคิดและแนวทางดังกล่าวจากเศาะหาบะฮฺอาวุโส เพียงแต่วิธีและวิทยาการเกี่ยวกับการใช้กฎหมายอิสลามของบรรดานักกฎหมายอิสลามในยุคนี้ไม่ถึงระดับเป็นสำนักคิดทางกฎหมายหรือเป็นมัซฮับต่างๆ ดังปรากฏในยุคหลังต่อมา[1]

ลักษณะสำคัญของกฎหมายอิสลามในยุคนี้เป็นกฎหมายเชิงสมมติฐาน โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อกฎหมายของสถาบันวิจารณญาณที่เน้นการใช้สติปัญญา มีการคิดวิเคราะห์ข้อกฎหมายบนพื้นฐานของสมมติฐานที่ยังไม่เกิดขึ้น ซึ่งแตกต่างจากยุคของท่านนบีมุฮัมมัดﷺ และยุคคุละฟาอุรรอชิดูนที่เป็นกฎหมายเชิงประจักษ์ คือ มีการวิเคราะห์ข้อกฎหมายเฉพาะเรื่องที่เกิดขึ้นจริงเท่านั้น[2]ต่อมามีการขยายกว้างขวางมากขึ้นครอบคลุมถึงข้อกฎหมายในประเด็นสมมติฐานกระทั่งประมวลเป็นข้อกฎหมายของมัซฮับต่าง ๆ

ในยุคนี้จึงเป็นยุคแห่งการวางรากฐานการใช้กฎหมายอิสลามภายหลังจากยุคของท่านนบีมุฮัมมัดﷺ และยุคคุละฟาอุรรอชิดูน กฎหมายอิสลามได้พัฒนามาเป็นวิชาสาขาหนึ่งเฉพาะในอิสลาม โดยบรรดานักปราชญ์กฎหมายอิสลามหรือฟุเกาะฮาฮฺได้อธิบายขอบข่ายของกฎหมายอิสลาม วิธีวิทยาการวิเคราะห์วินิจฉัย ซึ่งเป็นพื้นฐานสำคัญสู่ความรุ่งเรืองของกฎหมายอิสลามในยุคสมัยต่อมา

---

1 Al-Dusuqi and al-Jabir, op. cit.,124.

2 Al-Dusuqi and al-Jabir, ibid., 106.

3.1.3.2 องค์กรบริหารและพัฒนาการใช้กฎหมายอิสลามในยุคเคาะลีฟะฮฺสายสกุลอุมัยยะฮฺ

การบริหารและพัฒนาการใช้กฎหมายอิสลามในยุคเคาะลีฟะฮฺสายสกุลอุมัยยะฮฺ เป็นหน้าที่ของเคาะลีฟะฮฺ ผู้แทนเคาะลีฟะฮฺที่ทำหน้าที่ปกครองเมืองต่าง ๆ ผู้พิพากษา และมุฟตีย์ ซึ่งอาจเป็นเศาะหาบะฮฺหรือไม่ก็เป็นตาบิอีน (ชนรุ่นถัดจากรุ่นของเศาะหาบะฮฺ) โดยในตอนปลายศตวรรษที่ 1แห่งฮิจญ์เราะฮฺศักราช/ศตวรรษที่ 6 แห่งคริสต์ศักราช ตาบิอีนกลุ่มหนึ่งได้เรียนรู้เรื่องการฟัตวา และการใช้กฎหมายอิสลามจากบรรดาเศาะหาบะฮฺ ได้รับการถ่ายทอดอัลกุรอาน และการรายงานหะดีษ เมื่อสิ้นยุคของบรรดาเศาะหาบะฮฺ กลุ่มตาบิอีนที่เป็นสานุศิษย์ก็จะทำหน้าที่ในการบัญญัติกฎหมายอิสลามเฉพาะส่วนที่ไม่มีในบทบัญญัติอัลกุรอานและสุนนะฮฺ นอกจากนั้น สถาบันทางกฎหมายที่มีแนวคิดพื้นฐานมาจากยุคคุละฟาอุรรอชิดูน แตกแขนงกว้างขวางและมีการปรับใช้มากขึ้นในยุคนี้[1]

(1) เคาะลีฟะฮฺ

ในยุคนี้มีเคาะลีฟะฮฺปกครองทั้งสิ้น 14 ท่าน โครงสร้างการบริหารในยุคของเคาะลีฟะฮฺสายสกุลอุมัยยะฮฺ ประกอบด้วยเคาะลีฟะฮฺซึ่งเป็นผู้นำสูงสุดมีอำนาจหน้าที่ในการพิทักษ์รักษาผลประโยชน์ของประชาชาติมุสลิมทั้งในทางศาสนาและทางโลกแทนท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ รวมทั้งการแต่งตั้งและควบคุมดูแลการทำงานของผู้พิพากษาหรือมอบหมายให้ผู้ปกครองเมืองต่างๆ แต่งตั้งบุคคลผู้มีคุณสมบัติเหมาะสมเป็นผู้พิพากษาปฏิบัติหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีในเมืองนั้น ๆ หากประพฤติปฏิบัติไม่เหมาะสมก็มีอำนาจถอดถอน[2]เช่น เคาะลีฟะฮฺฮิชาม อิบนุมาลิก ได้ส่งสาส์นไปยังผู้ปกครองแห่งอียิปต์เพื่อให้ปลดยะห์ยา อิบนุมัยมูน กอฎีแห่งเมืองอียิปต์ออกจากตำแหน่งการเป็นผู้พิพากษา อันเนื่องมาจากการไม่ให้ความเป็นธรรมแก่เด็กกำพร้าที่มาฟ้องร้องภายหลังจากบรรลุศาสนภาวะ และแต่งตั้งคนใหม่ที่ปราศจากมลทิล เคร่งครัดในศาสนา ยำเกรงต่ออัลลอฮฺ ไร้ข้อบกพร่อง ไม่หวั่นเกรงคำตำหนิในเรื่องสัจธรรม[3]

(2) ผู้พิพากษา

ผู้พิพากษาในยุคเคาะลีฟะฮฺสายสกุลอุมัยยะฮฺ เป็นผู้ทรงคุณธรรมเที่ยงธรรม ยำเกรงต่ออัลลอฮฺ มีภูมิความรู้ ดำเนินการพิพากษาคดีที่ไม่มีตัวบทด้วยการวิเคราะห์วินิจฉัยของตนเองและหากมีพฤติกรรมที่ไม่เหมาะสมเคาะลีฟะฮฺก็สามารถปลดออกจากตำแหน่งได้ผู้พิพากษาที่มีชื่อเสียงสำคัญ ๆ ในยุคเคาะลีฟะฮฺสายสกุลอุมัยยะฮฺ เช่น อบูอิดรีส อัลคูลานี อับดุรรอฮฺมาน อิบ

---

[1] Khallaf, **Khulasah Tarikh al-Tashrie' al-Islami**, 62.

[2] Arnus, op. cit., 16-17.

[3] Hasan, op. cit., 397.

นุหุญัยรอฮฺ อบูบุรดะฮฺ อิบนุอบูมูซา อัลอัชอารีย์ ฮิชาม อิบนุฮุบัยรอฮฺ อามิร อิบนุชะเราะหฺบีล อัชชะอฺบีย์ [1]และมีผู้พิพากษาในระบบศาลหิสบะฮฺ เรียกว่ามุหฺตะสิบ ซึ่งทำหน้าที่ไต่สวนคล้ายกับพนักงานสอบสวน และในศาลอัลมะฎอลิม เรียกว่า นาซิร คล้ายคลึงกับศาลปกครองในปัจจุบัน[2]

ในยุคนี้ อำนาจตุลาการมิได้แยกออกจากอำนาจนิติบัญญัติโดยเด็ดขาด อำนาจของผู้พิพากษาในยุคนี้ นอกจากเป็นการใช้กฎหมายในกระบวนการพิจารณาคดีแล้ว ผู้พิพากษาที่เป็นนักกฎหมายอิสลามในระดับมุจญ์ตะฮิด ยังมีการใช้อำนาจนิติบัญญัติโดยการสังเคราะห์กฎหมายอิสลามจากแหล่งที่มาต่างๆ ที่กฎหมายอิสลามยอมรับในกรณีที่ไม่มีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในแหล่งที่มาของกฎหมายอิสลามต่างๆ เพื่อนำมาใช้ในกระบวนการพิจารณาคดีด้วย

(3) มุฟตีย์ มุจญตะฮิดและนักวิชาการอิสลาม

ในยุคนี้ ปรากฏบุคคลสำคัญที่มีชื่อเสียงในด้านความรู้การฟัตวา การอิจญ์ติฮาดมากมายที่เป็นที่ยอมรับทั่วไป คำฟัตวาและความคิดเห็นทางวิชาการของพวกเขาเหล่านั้นถือเป็นแนวทางการปรับใช้กฎหมายแห่งยุคสมัยและได้ถูกถ่ายทอดสู่ยุคสมัยต่อมา เช่น ท่านหะสัน อัลบัศรี ท่านซุฟยาน อัษเษารี และท่านอัลเอาซาอีย์และอันนะเคาะอีย์ เป็นต้น[3]นักปราชญ์เหล่านี้มีบทบาทอย่างสูงในการให้ความเห็นด้านข้อกฎหมายอิสลามต่อข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น โดยการวิเคราะห์วินิจฉัยบทบัญญัติแห่งอัลกุรอาน สุนนะฮฺ อิจญฺมาอฺ กิยาสและแหล่งที่มาอื่น ๆ

(4) สถาบันทางกฎหมาย

สืบเนื่องจากวิธีวิทยาการวิเคราะห์วินิจฉัยบทบัญญัติอิสลามที่มีความแตกต่างกันของบรรดานักปราชญ์ทางกฎหมายอิสลาม นำไปสู่การเกิดแนวคิด 2 แนวคิดในทางกฎหมายอิสลาม และทั้ง 2 แนวคิดต่างก็มีเหตุผล หลักฐาน และหลักการทั่วไปในการวิเคราะห์วินิจฉัยตลอดจนแหล่งที่มาของกฎหมาย จนทำให้เกิดเป็น 2 สถาบัน คือ สถาบันอัลหะดีษนิยม และสถาบันวิจารญาณนิยม (อัรเราะอฺ) สำหรับสถาบันอัลหะดีษนิยมเป็นสถาบันที่ครอบคลุมพื้นที่แห่งหิญาซ มะดีนะฮฺ และมักกะฮฺ ยึดมั่นในตัวบทเป็นสำคัญ เป็นสถาบันที่ไม่ใช้ความคิดเห็นเว้นแต่ในกรณีที่จำเป็นอย่างยิ่งเท่านั้นบรรดานักปราชญ์ผู้นำสถาบันนี้ที่สำคัญมี 7 ท่านคือ สะอีดอิบนุมุสัยยับ อุรวะฮฺอิบนุซุบัยรฺ อัลกอซิมอิบนุมุฮัมมัด อบูบักรฺอิบนุอับดุรเราะห์มาน อับดุลลอฮฺ อิบนุมัสอูด สุลัยมาน อิบนุยาซ้าร และคอริญะฮฺอิบนุซัยดฺ

---

[1] Abd al-latif, op. cit., 69.

[2] Hasan, op. cit., 398-399.

[3] Abu Talib, **Tatbiq al-Shariah al-Islamiah Fi al-Bilad al-'Arabiah,** (Cairo: Jami'ah al-Qahirahwa al-Kitab al-Jami'ei), 1993, 250-255.

ส่วนสถาบันวิจารณญาณนิยม (อัรเราะอฺ) เป็นสถาบันที่ใช้หลักวิจารณญาณควบคู่ไปกับการยึดมั่นในตัวบท ครอบคลุมพื้นที่อิรักกูฟะฮฺ และบัศเราะฮฺ ซึ่งเป็นสถานที่ที่ท่านอิบนุ มัสอูดได้เดินทางไปพำนักอยู่ตั้งแต่ในสมัยเคาะลีฟะฮฺอุมัร ทำการเผยแผ่วิชาความรู้และกฎหมาย โดยยึดแนวทางการวิเคราะห์วินิจฉัยของเคาะลีฟะฮฺอุมัร และเคาะลีฟะฮฺอะลีในเวลาต่อมา แนวทางการวิเคราะห์วินิจฉัยและการใช้กฎหมายในยุคนี้จึงมีลักษณะเฉพาะที่วางอยู่บนรากฐานของการใช้ความคิดทางปัญญาและวิจารณญาณ มีการศึกษาค้นคว้า พินิจพิเคราะห์ และวิจัย เนื่องในพื้นที่แถบนี้มีหะดีษหรือสุนนะฮฺอยู่เพียงเล็กน้อยและต้องมีการเข้มงวดในเรื่องการตรวจสอบสายรายงาน เพราะมีการปลอมหะดีษเกิดขึ้นจำนวนมากดังได้กล่าวแล้ว ในขณะเดียวกัน มีความจำเป็นที่จะต้องทราบถึงข้อบัญญัติทางศาสนาเกี่ยวกับเหตุการณ์ใหม่ ๆ ทั้งทางสังคม เศรษฐกิจ และการเมือง นักปราชญ์ผู้นำสถาบันนี้ที่สำคัญมี 7 ท่าน คือ อิบนุมัสอูด อัลกอมะฮฺอิบนุกอยซฺอันนะคออีย์ อัลอัสวัดอิบนุยะซีร มัสรูค อิบนุลอัจญ์ดะอฺ อุบัยดะฮฺอิบนุอัมรฺ ชุรอยหฺอิบนุหาริษ และหาริษอิบนุอับดุลลอฮฺ นอกจากนั้น ยังมีท่านอื่น ๆ อีกมาก[1]

3.1.4 การใช้กฎหมายอิสลามและองค์กรบริหารและพัฒนาการใช้กฎหมายอิสลามในยุคเคาะลีฟะฮฺสายสกุลอัลอับบาส[2]

3.1.4.1 การใช้กฎหมายอิสลามในยุคเคาะลีฟะฮฺสายสกุลอัลอับบาส

การใช้กฎหมายอิสลามในยุคเคาะลีฟะฮฺสายสกุลอับบาส โดยเฉพาะอย่างยิ่งในช่วงครึ่งแรกของยุคนี้ คือ ตั้งแต่เริ่มสถาปนาไปจนกระทั่งถึงตอนกลางศตวรรษที่ 4 แห่งฮิจญ์เราะห์ศักราช/ศตวรรษที่ 9 คริสต์ศักราชประมาณ 250 ปี ช่วงนี้ถือเป็นยุคทองแห่งการบัญญัติและการใช้กฎหมายอิสลาม เนื่องจากอาณาจักรอิสลามในยุคนี้แผ่ขยายกว้างขวางครอบคลุมดินแดนและเผ่าพันธุ์มนุษยชาติหลายเผ่าพันธุ์ ตลอดจนธรรมเนียมประเพณีที่แตกต่างกันทำให้ต้องมีการวิเคราะห์วินิจฉัยข้อกฎหมายอิสลามในเรื่องราวต่าง ๆ ซึ่งไม่ปรากฏในตัวบทโดยตรง แต่มีแนวทางและเครื่องมือต่าง ๆ ที่ตกทอดมาจากปราชญ์ในยุคก่อนมากมาย อาทิ คัมภีร์อัลกุรอานที่ได้ถูกรวบรวมไว้โดยครบถ้วน คำฟัตวา และคำอธิบายต่าง ๆของบรรดาเศาะหาบะฮฺและตาบิอีน ประกอบกับประชาชาติมุสลิมในยุคนี้ต่างมีความมุ่งมั่นที่จะทำให้การงานทั้งหลายของตนทั้งในส่วนของอิบาดาต มุอามะลาต และนิติกรรมสัญญาอื่น ๆ สอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งศาสนาอิสลาม พวกเขาต่างพากันไปหานักปราชญ์เพื่อให้ทำการอธิบายข้อบัญญัติทางกฎหมายในอิสลาม

---

1 Al-Zarqa , op. cit., 193-198 ; Sharabnasi, op. cit., 75-76.

2 ยุคเคาะลีฟะฮฺสายสกุลอัลอับบาส : เริ่มสถาปนาขึ้นใน ปี ฮ.ศ. 132 ตรงกับ ค.ศ. 660 โดยเคาะลีฟะฮฺอะบูอัลอับบาส อัสสัฟฟาหฺ สิ้นสุดลงในปี ฮ.ศ. 656 ตรงกับ ค.ศ. 1258 (Hasan, op. cit., 2-23)

ต่อกรณีต่าง ๆบรรดาผู้นำและตุลาการก็เช่นเดียวกันได้นำข้อพิพาทต่าง ๆ ในคดีไปหารือมุฟตีย์และบรรดานักปราชญ์ทางกฎหมายผู้รู้ในระดับมุจญ์ตะฮิดในยุคนี้จึงกลายเป็นแหล่งอ้างอิงทางกฎหมายอิสลามให้กับบุคคลทุกระดับ[1]

แหล่งที่มาหลักของกฎหมายอิสลามในยุคนี้มี 4 ประการ เช่นเดียวกับในยุคก่อนๆ ได้แก่ อัลกุรอาน สุนนะฮฺ อิจญ์มาอฺ และอิจญ์ติฮาดด้วยการกิยาสหรือด้วยวิธีหนึ่งวิธีใดของการวิเคราะห์และสังเคราะห์(อิสติมบาฏ) เพื่อให้ได้มาซึ่งหุกมฺหรือข้อกำหนดในทางกฎหมาย และในยุคนี้มีปรากฏการณ์ที่สำคัญส่งผลต่อการท่องจำและพิทักษ์รักษาอัลกุรอานอันเป็นแหล่งที่มาสำคัญที่สุด คือ การรณรงค์เรื่องการอ่านอัลกุรอานในสำเนียงต่าง ๆ ที่หลากหลายประการหนึ่ง อีกประการหนึ่ง คือการพัฒนารูปแบบของการเขียนและการใส่สระตัวอักษร เนื่องจากอัลกุรอานฉบับอุษมานีเดิมนั้นถูกเขียนในรูปแบบของการเขียนแบบอัลกูฟี[2]โดยปราศจากจุดและสระที่ตัวอักษร เมื่ออาณาจักรอิสลามขยายกว้างขวางขึ้น ประชาชาติต่าง ๆ ที่ไม่ใช่ชาวอาหรับเริ่มเข้ารับอิสลามมากขึ้นเกรงว่าจะทำให้เกิดความสับสนและผิดพลาดในการอ่าน จึงได้มีการใส่สระและจุดประจำตัวอักษรต่าง ๆ ที่สามารถจำแนกให้เห็นความแตกต่างระหว่างตัวอักษรและการอ่านที่ถูกต้อง นับเป็นการพัฒนาในด้านรูปแบบของการเขียนที่ส่งเสริมการอ่านและการเข้าใจความหมายอัลกุรอานซึ่งเป็นแหล่งที่มาที่สำคัญที่สุดของกฎหมายอิสลาม[3]

สำหรับสุนนะฮฺ ซึ่งเป็นแหล่งที่มาที่สำคัญรองลงมาจากอัลกุรอาน และไม่เคยมีการบันทึกอย่างเป็นระบบในยุคก่อนหน้านี้ เมื่อมาถึงยุคนี้ได้เริ่มมีการบันทึกโดยเคาะลีฟะฮฺอุมัร อิบนุอับดุลอะซีซ ส่งสาส์นไปยังท่านมุฮัมมัด อิบนุ อุมัร อิบนุหัซมฺ ผู้ปกครองแห่งเมืองมะดีนะฮฺว่า **“พึงพินิจไตร่ตรองหะดีษของศาสนทูตแห่งอัลลอฮฺและจงบันทึกมันไว้ เพราะเราเกรงเรื่องการศึกษาต่างๆ ตามบทเรียนและการจากไปของบรรดาผู้รู้”** และเช่นเดียวกันได้รับสั่งไปยังท่านมุฮัมมัด อิบนุชิฮาบอัซซุฮฺรีทั้งสองท่านจึงได้ทำการบันทึกหะดีษและสุนนะฮฺต่าง ๆ ของท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ ทั้งหมดเท่าที่สามารถรวบรวมได้ สุนนะฮฺของท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ จึงได้เริ่มมีการบันทึกในขณะที่ก่อนหน้านั้นเพียงถูกจดจำไว้ในใจของบรรดาผู้รายงานหะดีษเท่านั้น ต่อมามีนักปราชญ์มากมายได้ทำการบันทึกและรวบรวมหะดีษ เช่น ในปี ฮ.ศ. 140 อิหม่ามมาลิกได้ทำการบันทึกหะดีษเศาะฮีหฺไว้ในหนังสือของท่านชื่อ “อัลมุวัฏเฏาะ” ตามความประสงค์ของเคาะลีฟะฮฺอัลมันศูรต่อ

---

1 Khallaf, **Khulasah Tarikh al-Tashrie' al-Islami**, 62.

2 อัลกูฟี : การเขียนแบบอัลกูฟีเป็นรูปแบบการเขียนอักษรภาษาอาหรับแบบดั้งเดิมที่ใช้ในการบันทึกและคัดลอกอัลกุรอานในช่วงต้นของการเผยแผ่อิสลามจนกระทั่งถึงก่อนศตวรรษที่ 4 แห่งฮิจญ์เราะฮ์ศักราช

3 Khallaf, **Khulasah Tarikh al-Tashrie' al-Islami**, 64.

มามีการบันทึกไว้ในหนังสือ "อัลมุสนัด"[1] ต่าง ๆ ที่สำคัญ เช่น มุสนัดอิหม่ามอะหฺมัด หลังจากนั้นมีการบันทึกไว้ในหนังสือ "เศาะฮีหฺทั้งหก" ได้แก่ เศาะฮีหฺบุคอรี เศาะฮีหฺมุสลิม เศาะฮีหฺอะบูดาวู๊ด เศาะฮีหฺอันนะสาอี เศาะฮีหฺอัตติรมิซี และเศาะฮีหฺอิบนุมาญะฮฺ นอกจากนั้น ยังมีหนังสือและตำรารวบรวมหะดีษไว้อีกมากมาย[2]

อย่างไรก็ตาม การบันทึกและรวบรวมหะดีษดังกล่าวไว้เพื่อเป็นการป้องกันมิให้เกิดการสูญหายนั้นมิได้นำไปสู่การสร้างความเป็นหนึ่งเดียวของสุนนะฮฺดังเช่นกรณีของการรวบรวมอัลกุรอาน เนื่องจากในรายละเอียดของสุนนะฮฺยังมีประเด็นที่มีความขัดแย้งแตกต่าง และมีช่องทางที่สามารถปลอมหรือกุหะดีษขึ้นเพิ่มเติม เคาะลีฟะฮฺอัลมันศูรจึงดำริที่จะรวบรวมหะดีษทั้งหมดเป็นฉบับเดียวแล้วจัดพิมพ์เผยแพร่แก่ประชาชาติมุสลิมทุกแห่งให้ยึดถือเป็นฉบับเดียวกัน โดยใช้ฉบับ "มุวัฏเฏาะ" ของอิหม่ามมาลิก แต่อิหม่ามมาลิกกล่าวแย้งว่า **"ไม่สามารถกระทำเช่นนั้นได้ เนื่องจากเศาะหาบะฮฺต่างได้กระจัดกระจายไปอยู่ตามเมืองต่าง ๆ เป็นจำนวนมากภายหลังยุคของท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ และต่างคนต่างยึดหะดีษที่เศาะฮีหฺสำหรับตนเป็นสำคัญ และทั้งหมดนั้นล้วนอยู่ในทางนำอันถูกต้อง และทั้งหมดนั้นเป็นความประสงค์ของอัลลอฮฺ"** เคาะลีฟะฮฺอัลมันศูรจึงได้เปลี่ยนแนวคิดดังกล่าว[3]

การใช้กฎหมายอิสลามในยุคนี้ มีการใช้แหล่งที่มาลำดับรองนอกเหนือจากแหล่งที่มาหลักทั้ง 4 ประการที่กล่าวมาข้างต้น เช่น อิสติหฺซาน[4] อิสติศลาหฺหรือ มะศอลิหฺมุรสะละฮฺ[5] สัดดุซซะรอเอี๊ยะอฺ[1] อิสติศหาบ[2]และจารีตประเพณีหรืออุรฟฺ[3]แต่บรรดานักปราชญ์มัซฮับต่างๆ

---

[1] อัลมุสนัด : หนังสือประมวลวจนะของท่านนบีมุฮัมมัด ศ็อลลัลลฮอะลัยฮิวะสัลลัม โดยมีวิธีเรียบเรียงตามรายชื่อของเศาะหาบะฮฺผู้รายงาน เช่น หนังสืออัลมุสนัดอิมามอะหฺมัด (ฮ.ศ. 164-241. ค.ศ. 780-855)

[2] Khallaf , **Khulasah Tarikh al-Tashrie' al-Islami**, 65-68.

[3] Khallaf , **Khulasah Tarikh al-Tashrie' al-Islami**, 69.

[4] อิสติหฺซานคือหลักการใช้วิจารณญาณในการกำหนดบทบัญญัติต่อกรณีหนึ่งกรณีใดที่คล้ายคลึงกัน โดยหันไปกำหนดบทบัญญัติที่แตกต่างจากสิ่งที่คล้ายคลึงกันนั้น เพราะมีเหตุผลที่หนักแน่นและเที่ยงธรรมยิ่งกว่า หรืออีกนัยหนึ่งคือ การหันเหออกจากกิยาสที่ชัดแจ้งไปใช้กิยาสที่มีอิลละฮฺซ่อนเร้นหรือคลุมเครือ เช่นการซื้อขายแบบสะลัมซึ่งตามหลักการกิยาสแล้วจะกระทำมิได้แต่อนุมัติให้ทำได้โดยอาศัยหลักอิสติหฺซาน

[5] มะศอลิหฺมุรสะละฮฺคือหลักประโยชน์สาธารณะที่สำคัญและเหมาะสมต่อการกำหนดบทบัญญัติแต่ไม่มีตัวบทระบุแน่ชัดว่าให้ยอมรับหรือยกเลิก ทั้งนี้จะต้องเป็นประโยชน์ส่วนรวมเป็นประโยชน์ที่แท้จริงและไม่ขัดกับตัวบทหรือมติเอกฉันท์หรือเจตนารมณ์แห่งบัญญัติอิสลาม เช่น การรวมรวบอัลกุรอานในสมัยเคาะลีฟะฮฺอะบูบักรเนื่องจากไม่มีตัวบทในอัลกุรอานที่สั่งห้ามการรวบรวมอัลกุรอานที่บันทึกกระจัดกระจายอยู่ในที่ต่างๆจนกระทั่งมีความเห็นชอบร่วมกันในเหล่าบรรดาเศาะหาบะฮฺให้รวบรวมอัลกุรอานขึ้นเป็นเล่มเดียวเพื่อรักษาประโยชน์ของอิสลามและอำนวยความสะดวกแก่มวลมุสลิม

มีความคิดเห็นที่แตกต่างกันในการนำแหล่งที่มาลำดับรองเหล่านี้ไปใช้เป็นหลักฐานทางกฎหมาย เช่น มัซฮับหะนะฟีย์ โดยมีอิหม่ามอะบูหะนีฟะฮฺ เป็นผู้นำมัซฮับ ยึดถือหลักฐานอัลกุรอาน สุนนะฮฺ อิจญฺมาอฺ กิยาส อิสติหฺซาน และอุรฟฺ ตามลำดับ แต่ในบางครั้งมัซฮับนี้อนุโลมให้งดเว้นการใช้หลักกิยาสโดยข้ามไปใช้หลักอิสติหฺซาน หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคืออนุญาตให้ใช้หลักอิสติหฺซานก่อนหลักกิยาสได้ หากมีเหตุผลอันควรในการกระทำเช่นนั้น[4]

มัซฮับมาลิกีย์ โดยมีอิหม่ามมาลิก เป็นผู้นำมัซฮับ ยึดถือหลักฐานอัลกุรอาน สุนนะฮฺ อิจญฺมาอฺ กิยาส วิถีปฏิบัติของชาวมะดีนะฮฺ มะศอลิหฺมุรสะละฮฺ อิสติหฺซาน สัดดุซซะรอเอี๊ยะอฺ อุรฟฺ และอิสติศหาบ อย่างไรก็ตาม มัซฮับมาลิกีย์แตกต่างจากมัซฮับหะนะฟีย์ในการใช้หลักการกิยาส คือมัซฮับมาลิกีย์ใช้ในขอบเขตที่จำกัดไม่ขยายกว้างเท่ามัซฮับหะนะฟีย์ และมัซฮับมาลิกีย์แตกต่างจากมัซฮับอื่น ๆ ในการใช้หะดีษอาหาด[5] เป็นหลักฐาน กล่าวคือจะใช้หะดีษอาหาดเป็นหลักฐานเฉพาะในกรณีที่มีวิถีปฏิบัติของชาวมะดีนะฮฺสนับสนุนเท่านั้น และมัซฮับมาลิกีย์เพียงมัซฮับเดียวที่ยึดถือวิถีปฏิบัติของชาวมะดีนะฮฺเป็นหลักฐาน และจัดอยู่ในลำดับก่อนการกิยาสรวมทั้งหลักฐานทางปัญญาอื่น ๆ เนื่องจากเป็นมัซฮับที่เกิดขึ้น ณ นครมะดีนะฮฺ เมืองแห่งการอพยพและการพำนักอยู่ของท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ

มัซฮับชาฟิอีย์ โดยมีอิหม่ามอะบูอับดุลลอฮฺ มุฮัมมัด อิบนุอิดรีส อิบนุอับบาส เป็นผู้นำมัซฮับ ยึดถือหลักฐานอัลกุรอาน สุนนะฮฺ อิจญฺมาอฺ กิยาส และอิสติศหาบ ตามลำดับ มัซฮับชาฟิอีย์ แตกต่างจากมัซฮับหะนะฟีย์ในประการที่มัซฮับชาฟิอีย์ปฏิเสธการใช้หลักอิสติหฺซาน และไม่ขยายขอบเขตในการใช้หลักการกิยาสกว้างขวางเท่ามัซฮับหะนะฟีย์เพราะมีกำหนดเป็นข้อแม้ว่าต้องมีหลักฐานที่มาจากอัลกุรอานหรือสุนนะฮฺ นอกจากนั้น ยังแตกต่างกันในการใช้หะดีษอาหาดเป็นหลักฐาน โดยมัซฮับชาฟิอีย์จะยึดถือหะดีษอาหาดเป็นหลักฐานถ้าหากผู้รายงานหะดีษเป็นผู้

---

1 สัดดุซซะรอเอี๊ยะอฺ คือ หลักการว่าด้วยการป้องกันหนทางที่จะนำไปสู่ความเสียหายหรือตกอยู่ในสิ่งต้องห้าม

2 อิสติศหาบ คือ หลักการที่ยืนยันหรือปฏิเสธสภาพการที่เคยเป็นอยู่เดิมย่อมเป็นหลักฐานที่ยืนยันหรือปฏิเสธสภาพการในปัจจุบัน และอนาคตตราบเท่าที่ยังไม่มีปัจจัยใดมาเปลี่ยนแปลง เช่น การสมรสที่ถูกต้องยังคงถูกต้องอยู่สืบไป จนกว่าจะมีสิ่งใดมายืนยันถึงความเป็นโมฆะของการสมรสนั้น

3 อุรฟฺคือ จารีตประเพณีที่ได้รับการยอมรับและปฏิบัติต่อๆกันมาอย่างแพร่หลายทั้งการกระทำและคำพูด และไม่ขัดหรือแย้งกับตัวบทหรือรากฐานทางศาสนาอิสลามที่บัญญัติไว้อย่างชัดเจน

4 Abu Zahrah, n.d., **Tarikh al-Mazahib al-Islamiah**, (S.l.: Dar al-Fikr al-'Arabi), 538.

5 หะดีษอาหาด หมายถึง หะดีษที่จำนวนผู้รายงานไม่ถึงระดับมุตะวาติร ซึ่งอาจจะมีจำนวน หนึ่งคน สองคน สามคน สี่คนหรือห้าคน หรืออื่นๆ ที่บ่งบอกว่ายังไม่ถึงขั้นมุตะวาติร (Hashim, **Taisir Mustalah al-Hadith**, (Cairo : al-Azhar) 1986, 142.)

น่าเชื่อถือ (ษิเกาะฮฺ) และไม่ได้กำหนดเป็นเงื่อนไขว่าต้องเป็นหะดีษมัชฮูร มัซฮับชาฟีอีย์แตกต่างจากมัซฮับมาลิกีย์ในการไม่ยึดถือหลักมะศอลิหฺมุรสะละฮฺเป็นหลักฐาน และไม่ได้กำหนดเป็นเงื่อนไขในหลักฐานสุนนะฮฺให้ต้องมีวิถีปฏิบัติของชาวมะดีนะฮฺสนับสนุน

มัซฮับหันบะลีย์ โดยมีอิหม่ามอะหฺมัด อิบนุมุฮัมมัด อิบนุฮัมบัล เป็นผู้นำมัซฮับ ถือเป็นมัซฮับที่เคร่งครัดในหลักฐานตัวบทอย่างมากและใช้หลักฐานเชิงปัญญาหรือเหตุผลน้อยที่สุดเมื่อเปรียบเทียบกันมัซฮับอื่นๆ มัซฮับนี้ยึดถือหลักฐานอัลกุรอาน สุนนะฮฺ อิจญฺมาอฺ กิยาส อิสติศหาบ มะศอลิหฺมุรสะละฮฺ และสัดดุซซะรอเอี๊ยะอฺ ตามลำดับ แต่อนุโลมให้ใช้หะดีษมุรสัลและหะดีษเฎาะอีฟเป็นหลักฐานได้โดยจัดอยู่ในลำดับก่อนการกิยาส นอกจากนั้นมัซฮับหันบะลีย์ยังได้ยึดถือความคิดเห็นของเศาะหาบะฮฺ (ขออัลลอฮฺทรงพึงพอพระทัยต่อพวกเขา)เป็นหลักฐานอีกด้วย แม้เป็นความเห็นของบุคคลเพียงคนเดียวก็ตามโดยจัดอยู่ในลำดับก่อนการกิยาส โดยหลักการของมัซฮับนี้จะไม่ยินยอมให้ใช้หลักฐานกิยาส นอกจากในกรณีที่จำเป็นจริง ๆ คือกรณีที่ไม่พบหลักฐานตัวบทอัลกุรอานหรือสุนนะฮฺ แม้จะเป็นสุนนะฮฺที่เป็นหะดีษสายรายงานอ่อน (เฎาะอีฟ) หรืออิจญ์มาอฺ หรือไม่พบทัศนะของเศาะหาบะฮฺ หากพบหลักฐานหนึ่งหลักฐานใดข้างต้นก็จะไม่อนุญาตให้ใช้หลักฐานกิยาส[1]

ในยุคเคาะลีฟะฮฺสายสกุลอัลอับบาส ระบบศาลได้วิวัฒนาการไปอย่างมาก และแตกต่างจากระบบศาลในยุคก่อนหน้านั้น นับตั้งแต่ยุคของท่านนบีﷺ ยุคคุละฟาอุรรอชิดูน จนถึงยุคเคาะลีฟะฮฺสายสกุลอุมัยยะฮฺ แต่วิวัฒนาการนี้มิได้เกิดขึ้นอย่างฉับพลัน หากเป็นไปโดยธรรมชาติของความแตกต่างในวิถีการดำเนินชีวิต การศึกษา แนวคิด และการเมืองการปกครองในยุคนี้มีความแตกต่างไปจากยุคก่อนๆ เป็นยุคที่ได้รับการขนานนามว่าเป็นยุคทองแห่งศิลปวิทยาการ เป็นยุคของผู้นำทางมัซฮับหรือสำนักกฎหมายอิสลามที่สำคัญ ๆ ด้วยเหตุวิชาการต่าง ๆ ในยุคนี้เจริญก้าวหน้า มีการนิพนธ์ตำราทางกฎหมายอิสลามขึ้นมาอย่างแพร่หลาย อันเป็นผลทำให้วิญญาณแห่งการใช้กฎหมายอิสลามโดยการวินิจฉัยอย่างมีวิจารณญาณสิ้นสุดลง ไปสู่ยุคของการพิพากษาไปตามทัศนะทางสำนักกฎหมายที่สังกัด ทำให้ผู้พิพากษาไม่มีอิสระในการวินิจฉัยอรรถคดีเหมือนเช่นในอดีต การพิพากษาอรรถคดีโดยใช้หลักการวินิจฉัยข้อเท็จจริงแห่งคดีปรับกับตัวบทแห่งอัลกุรอานและสุนนะห์ หรือที่เรียกว่า “อัลอิจญ์ติฮาด” ได้ลดน้อยถอยลงเนื่องจากศักยภาพด้านการอิจญ์ติฮาดของผู้พิพากษาและบรรดานักวิชาการเริ่มอ่อนแอลงเมื่อมีมัซฮับต่าง ๆ เกิดขึ้น ผู้พิพากษาจะตัดสินคดีไปตามมัซฮับที่ผู้คนยึดถือกันแพร่หลาย ซึ่งแตกต่างกันไปในแต่ละอาณาเขตพื้นที่ ส่งผลให้การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีถูกจำกัดอยู่แต่เฉพาะข้อชี้ขาดตามแนวทางของมัซฮับหนึ่งมัซฮับใดจนขาดความเป็นเอกภาพเพราะแต่ละมัซฮับมีแนวทางแตกต่างกัน เช่น ในอิรักนิยม

---

1 Abu Zahrah, **Tarikh al-Mazahib al-Islamiah**, 345-399.

ตัดสินตามมัซฮับหะนาฟีย์ ในซีเรียและโมร็อกโกรวมทั้งสเปนนิยมตามมัซฮับมาลีกีย์ และในอียิปต์นิยมตัดสินคดีตามมัซฮับชาฟีอีย์ เป็นต้น และในกรณีที่คู่พิพาทยึดถือมัซฮับอื่นที่ไม่เป็นที่แพร่หลายในอาณาเขตเมืองใดผู้พิพากษาแห่งเมืองนั้นก็จะแต่งตั้งผู้พิพากษาอื่นแทนเพื่อทำการพิพากษาตามแนวมัซฮับของคู่กรณีพิพาทนั้น[1]และมัซฮับต่าง ๆ ยังคงเป็นแหล่งที่มาของการพิพากษาและการฟัตวาเป็นระยะเวลานานในเวลาต่อมา[2]

มัซฮับทั้งสี่ ถือเป็นมัซฮับอะฮฺลิซสุนนะฮฺ เพราะมีหลักการวินิจฉัยที่วางอยู่บนรากฐานของอัลกุรอานและสุนนะฮฺ นอกจากนั้นยังมีมัซฮับอื่นๆ เช่น ชีอะฮฺซัยดียะฮฺในเยเมน ชีอะฮฺอิมามียะฮฺในเปอร์เซียและอิรัก และนักวิชาการส่วนใหญ่ในยุคนี้ต่างก็มีทัศนะว่าผู้พิพากษาจะต้องพิจารณาพิพากษาอรรถคดีตามการพิจารณาพิพากษาของอิหม่ามของแต่ละมัซฮับซึ่งมีพื้นฐานที่วางอยู่บนอัลกุรอานและสุนนะฮฺ โดยมิได้ออกนอกกรอบแห่งบทบัญญัติทั้งสองดังกล่าว

ในขณะเดียวกันการศาลและการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีได้รับอิทธิพลจากทางฝ่ายการเมืองการปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในช่วงที่สองของอาณาจักรนี้ บรรดาเคาะลีฟะฮฺมักจะเข้ามาแทรกแซงและก้าวก่ายการพิพากษาอรรถคดีของศาล กระทั่งเคาะลีฟะฮฺประสงค์อย่างไรผู้พิพากษาก็ต้องพิพากษาให้ไปตามความประสงค์นั้น ทำให้บรรดาปราชญ์ผู้เชี่ยวชาญด้านนิติศาสตร์ที่ได้รับการมอบหมายแต่งตั้งเป็นผู้พิพากษาจึงปฏิเสธที่จะรับตำแหน่งผู้พิพากษาตามหัวเมืองต่างๆ เพราะตระหนักดีว่าจะไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ด้วยความบริสุทธิ์ยุติธรรม และอาจถูกชักนำให้พิพากษาไปในทางที่ขัดแย้งกับหลักกฎหมายอิสลาม เช่น อิหม่ามอบูหะนีฟะฮฺปฏิเสธการรับตำแหน่งผู้พิพากษา ในสมัยเคาะลีฟะฮฺอบู ญะอฺฟัร อัลมันศูรเป็นต้น [3]

การศาลในยุคเคาะลีฟะฮฺสายสกุลอับบาสได้รับการพัฒนาและขยายขอบข่ายภาระหน้าที่ของตุลาการออกไปอย่างกว้างขวาง ซึ่งแต่เดิมมีอำนาจหน้าที่เฉพาะด้านการพิจารณาพิพากษาอรรถคดี แต่ในยุคนี้ผู้พิพากษามีอำนาจหน้าที่รวมไปถึงงานด้านสาธารณสมบัติ หรือเอากอฟต่าง ๆงานด้านภาษีอากร และการคลังหรือบัยตุ้ลม้าล เป็นต้น

ในช่วงแรกมีผู้พิพากษาประจำอยู่ตามหัวเมืองต่าง ๆ เมืองละหนึ่งท่านรับผิดชอบในการพิพากษาอรรถคดีที่เกิดขึ้นทุกประเภท ต่อมาเมื่อได้มีการขยายอาณาเขตออกไปอย่างกว้างขวางและต่อเนื่อง และมีผู้ยึดถือมัซฮับที่หลากหลายยิ่งขึ้นทำให้เคาะลีฟะฮฺต้องแต่งตั้งผู้พิพากษาไม่น้อยกว่าหนึ่งคนประจำตามหัวเมืองต่าง ๆ โดยมีตัวแทนผู้พิพากษาของแต่ละมัซฮับทั้ง

---

[1] Hasan, op. cit., 238-239.

[2] Wasil, **Al-Sultah al-Qadha-iahwanizamuh fi al-Islam**, 68.

[3] Hasan, op. cit., 239.

สี่ทำหน้าที่พิพากษาอรรถคดีที่เกิดขึ้นกับบุคคลทั่วไปตามแนวมัซฮับของคู่ความในคดี[1] ซึ่งถือเป็นเอกลักษณ์ประการหนึ่งของการศาลในยุคนี้

โดยทั่วไปการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีของศาลในยุคนี้ใช้ระบบผู้พิพากษาคนเดียว นอกจากบางช่วงการปกครองเท่านั้น เช่น ในสมัยการปกครองของเคาะลีฟะฮฺอัลมะฮฺดีย์ ที่ได้มีการใช้ระบบองค์คณะผู้พิพากษา โดยได้มีการแต่งตั้งผู้พิพากษา 2 คน ทำหน้าที่ร่วมกันในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีของศาลในเมืองบัศเราะฮฺ โดยเฉพาะคดีความที่มีความยุ่งยากซับซ้อนจะต้องใช้ผู้พิพากษาถึง 4 คน ที่ได้รับการแต่งตั้งจากตัวแทนเคาะลีฟะฮฺ (นาอิบสุลฏอน) ร่วมกันพิจารณา เช่นกรณีของศาลในกรุงดามัสกัส โดยที่คำพิพากษานั้นจะต้องเป็นมติเอกฉันท์ขององค์คณะผู้พิพากษาดังกล่าว[2]

การศาลในยุคนี้ได้รับการพัฒนาหลายด้าน กระทั่งกระบวนการพิจารณาคดีในการสืบพยานก็ได้มีการพัฒนาอย่างเป็นระบบ โดยมีการจัดทำบัญชีคณะบุคคลที่มีชื่อเสียงแพร่หลายเป็นที่ยอมรับในความซื่อสัตย์สุจริตมีคุณธรรมจริยธรรมเพื่อเป็นพยานในศาล หากผู้ที่จะมาเป็นพยานในคดีหนึ่งคดีใดเป็นบุคคลที่อยู่ในบัญชีดังกล่าว ศาลก็จะรับฟังโดยไม่ต้องสืบประวัติส่วนตัวของพยาน แต่หากเป็นบุคคลอื่นศาลก็จะไม่รับฟังนอกจากจะต้องมีการสืบประวัติของผู้เป็นพยานจนเป็นที่พอใจในความซื่อสัตย์สุจริตก่อน

ลักษณะเด่นของการศาลในยุคเคาะลีฟะฮฺอัลอับบาซียะฮฺอีกประการหนึ่งคือ ผู้พิพากษามีเครื่องแบบแต่งกายเฉพาะสำหรับการออกนั่งพิจารณาพิพากษาอรรถคดี ซึ่งเป็นสัญลักษณ์ของผู้พิพากษาในยุคอัลอับบาซียะฮฺ คือ สวมหมวกยาวและผูกผ้าโพกศีรษะล้อมหมวกไว้อย่างน่าเกรงขามเป็นการให้เกียรติและความเคารพต่อผู้ที่ทำหน้าที่อันสำคัญยิ่งนี้[3]

พร้อมกับที่มีลักษณะเด่นก็มีลักษณะด้อยบางอย่างซึ่งเป็นจุดด่างพร้อยของศาลในยุคนี้ เนื่องจากมีผู้พิพากษาบางรายเห็นแก่ตำแหน่งเกียรติยศ โดยไม่คำนึงถึงคุณค่าและคุณสมบัติของตัวเอง ยอมจ่ายเงินเป็นสินบนเพื่อแลกกับตำแหน่งผู้พิพากษา ตลอดจนผู้พิพากษาบางคนประพฤติปฏิบัติไม่เหมาะสม เช่น ร้องรำทำเพลง แต่สิ่งที่เกิดขึ้นถือได้ว่าเป็นจุดด่างพร้อยเพียงเล็กน้อยในวงการศาลแห่งยุคเคาะลีฟะฮฺอัลอับบาซียะฮฺ เพราะผู้พิพากษาส่วนใหญ่ยังคงยึดมั่นในหลักการและเคารพต่อตำแหน่งอันสำคัญยิ่งนี้ โดยพวกเขาจะรับตำแหน่งนี้เมื่อเห็นว่าตนเองมีความพร้อมและเหมาะสม ทั้งสามารถปฏิบัติหน้าที่ได้โดยอิสระไม่ถูกแทรกแซงจากทางฝ่ายการเมืองการ

---

[1] Hasan, ibid, 281.

[2] Arnus, op. cit., 92.

[3] Hasan, op. cit., 317.

ปกครอง ผู้บังคับบัญชา หรือแม้แต่เคาะลีฟะฮฺ เช่น ผู้พิพากษาอบู ฮาชิมอิหม่ามสุยูฏีย์เล่าว่าเคาะลีฟะฮฺอัลมุอฺตะฎิด ได้มีหนังสือฉบับหนึ่งถึงกอฎีอบู ฮาชิม ความระบุว่า:

> **ข้าก็มีสิทธิที่จะได้รับแบ่งปันชำระหนี้จากทรัพย์สินของชายผู้นั้น(ซึ่งถูกพิพากษาให้ล้มละลาย) ข้าได้รับทราบว่าบรรดาเจ้าหนี้ของเขาได้ไปยืนยันต่อเจ้าแล้ว แล้วเจ้าก็ได้เฉลี่ยแบ่งทรัพย์ของเขาให้แก่พวกเขา จงจัดการให้ข้าเป็นหนึ่งในฐานะเจ้าหนี้ที่จะได้รับส่วนแบ่งด้วย กอฎีอบูฮาชิม ตอบแก่ เคาะลีฟะห์ว่า ท่านอะมีรุ้ลมุอมินีน แท้จริงสิ่งดังกล่าวนั้นได้พ้นออกมาจากลำคอของท่านและเข้ามากระจุกอยู่ที่ลำคอของข้า ข้ามิอาจตัดสินให้ยกทรัพย์ของบุคคลหนึ่งให้แก่อีกบุคคลหนึ่งได้เพียงคำกล่าวอ้างโดยปราศจากพยานหลักฐาน ครั้นแล้วเขาก็มิได้แบ่งทรัพย์สินใด ๆ ให้แก่เคาะลีฟะฮฺเนื่องจากเคาะลีฟะฮฺไม่มีพยานหลักฐานมาแสดง**[1]

นอกจากนั้น เช่น ผู้พิพากษาอบูคุซัยมะฮฺ ผู้ไม่รับค่าตอบแทนใด ๆ ในการพิพากษา และต้องเว้นการนั่งพิจารณาพิพากษาคดีเพื่อซักเสื้อผ้า(เนื่องจากไม่มีชุดเปลี่ยน) หรือไม่ก็เพื่อไปร่วมพิธีศพ ผู้พิพากษาอัลเฒาษฺ ผู้ได้ชื่อว่าทำการขัดเกลาการศาลให้บริสุทธิ์จากความเสื่อมเสียต่าง ๆ จนเป็นที่ยอมรับแพร่หลายในความยุติธรรมและเที่ยงธรรม ผู้พิพากษาอัลมุฟัฎฎอล อิบนุฟุฎอละฮฺ ได้ทำการปรับปรุงพัฒนางานการศาลและจัดทำทะเบียนบันทึกต่าง ๆ อย่างเป็นระบบเป็นต้น[2]

ต่อมา ตั้งแต่ช่วงกลางศตวรรษที่ 4 แห่งฮิจเราะฮ์ศักราช/ศตวรรษที่ 9 แห่งคริสต์ศักราช อาณาจักรอิสลามถูกแบ่งแยกเป็นรัฐเล็กรัฐน้อยที่มีผู้นำทางการปกครองเรียกว่า “อะมีรุลมุอมินีน” ด้านตะวันออกมีเมืองบุคอรอ เป็นศูนย์กลาง ด้านตะวันตกมีเมืองอันดาลุสเป็นเมืองสำคัญของราชวงศ์อุมัยยะฮ์ อัฟริกาเหนือปกครองโดยราชวงศ์ฟาฏิมีย์ ส่วนเยเมนปกครองโดยมุสลิมสายชีอะฮ์(อัซซัยดียะฮ์) ขณะที่นครแบกแดดอยู่ภายใต้การปกครองของสายสกุลอับบาส

อาณาจักรอิสลามในห้วงเวลาดังกล่าวอยู่ในภาวะระส่ำระสาย ไร้เสถียรภาพ รัฐต่าง ๆ รุกรานแย่งชิงอำนาจกันเอง แม้บางช่วงสามารถกลับมารวมกันเป็นปึกแผ่นได้ ทว่าความขัดแย้งก็ยังคงเกิดขึ้นอย่างต่อเนื่อง กระทั่งนำไปสู่การล่มสลายของนครแบกแดด ศูนย์กลางการปกครองแห่งอาณาจักอิสลามในปี ฮ.ศ. 656 /ค.ศ.1258

---

1 Al-Suyuti, **Tarikh al-Khulafaa**, (Cairo : Al-Fajalah al-Jadidah), 1969, 247.

2 Hasan, op. cit., 240-241.

สถานการณ์ดังกล่าวส่งผลกระทบต่อการขับเคลื่อนทางวิชาการ ดังสภาพการที่เกิดขึ้นกับกฎหมายอิสลาม บรรดานักวิชาการต้องเผชิญกับอุปสรรคในการเคลื่อนไหว ค้นคว้า สร้างสรรค์ผลงานวิชาการ เพราะผู้ปกครองรัฐมุ่งให้ความสำคัญกับการเมืองมากกว่าการพัฒนาวิชาการ ส่งผลให้การพัฒนาแนวคิดด้านกฎหมายอิสลามลดน้อยและแผ่วเบาลง บางส่วนยึดปฏิบัติตามแนวมัซฮับต่าง ๆ วินิจฉัยปัญหาศาสนาตามแนวมัซฮับที่ตนยึดถือ เช่น อัลญัศศอส[1] ยึดตามแนวมัซฮับฮะนะฟีย์ อีหม่ามอัลญุวัยนี และอีหม่ามเฆาะซาลี ยึดตามแนวมัซฮับชาฟิอีย์ เป็นต้น สภาพการดังกล่าวสืบเนื่องมาจากปัจจัยหลายประการ คือ

(1) การก่อกำเนิดขึ้นของมัซฮับต่าง ๆ (สำนักคิดทางกฎหมายอิสลาม) ในยุคก่อนหน้านี้

(2) บรรดาปวงปราชญ์สังกัดมัซฮับและยึดปฏิบัติตามแนวมัซฮับที่ตนยึดถือ

(3) ผู้พิพากษาในยุคนั้นถูกกำหนดให้ต้องสังกัดมัซฮับ กฎเกณฑ์นี้ส่งผลให้ผู้พิพากษาต่างตัดสินคดีความตามข้อวินิจฉัยของมัซฮับที่ตนยึดถือ

(4) มีกฎห้ามวินิจฉัยปัญหาศาสนา(อิจญ์ติฮาด)ในยุคนั้น เนื่องจากมีกลุ่มผู้แอบอ้างตนวินิจฉัยปัญหาศาสนาโดยไม่มีความรู้ จึงมีคำฟัตวาห้ามวินิจฉัยข้อกฎหมายอิสลาม

การใช้กฎหมายอิสลามจึงเริ่มเข้าสู่ยุคแห่งการถดถอยนักวิชาการต่างสงวนท่าทีไม่มีการวิเคราะห์ วินิจฉัยข้อกฎหมายอิสลามเหมือนเช่นยุคก่อน ตำราที่ถูกเรียบเรียงขึ้นใหม่มีจำนวนน้อย ส่วนใหญ่เป็นเพียงการสรุป ย่อ อธิบายผลงานการเรียบเรียงของนักวิชาการยุคก่อน แต่ถึงแม้จะยึดติดกับมัซฮับพวกเขาก็ได้ริเริ่มสิ่งใหม่ที่เป็นการพัฒนากฎหมายอิสลามอยู่บ้าง เช่น การให้เหตุผลต่อหลักศาสนบัญญัติ (ตะอลีลอะหกาม) และการให้น้ำหนักในการเปรียบเทียบระหว่างทัศนะที่ขัดแย้งกันในมัซฮับต่าง ๆ

3.1.4.2 องค์กรบริหารและพัฒนาการใช้กฎหมายอิสลามในยุคเคาะลีฟะฮฺสายสกุลอับบาส

การบริหารและพัฒนาการใช้กฎหมายอิสลามในยุคเคาะลีฟะฮฺสายสกุลอับบาสเป็นหน้าที่ของเคาะลีฟะฮฺ ผู้แทนเคาะลีฟะฮฺที่ทำหน้าที่ปกครองเมืองต่างๆ ผู้พิพากษา และมุฟตีย์ตลอดจนสถาบันหรือมัซฮับต่าง ๆ ที่มีแนวคิดพื้นฐานมาจากยุคคุละฟาอุรรอชิดูนและเคาะลีฟะฮฺสายสกุลอุมัยยะฮฺดังนี้

---

[1] อัลญัศศอส: อะหฺมัด บุตรของอะลี อัรรอซี อัลญัศศอศ เกิด ปี ฮ.ศ. 305 เสียชีวิต ปี ฮ.ศ. 370 (ค.ศ. 917 – 980) เป็นนักปราชญ์แห่งเมืองแบกแดด มีความรอบรู้อย่างลึกซึ้งในด้านกฎหมายอิสลามมัซฮับหะนะฟี

(1) เคาะลีฟะฮฺ

เคาะลีฟะฮฺในฐานะผู้นำสูงสุดในยุคนี้ได้ให้การสนับสนุนและส่งเสริมการศึกษาและการบังคับใช้กฎหมายอิสลามอย่างยิ่ง ดังเช่นกรณีของเคาะลีฟะฮฺอัลมันศูร ได้ให้ความใกล้ชิดกับอิหม่ามมาลิกและขอคำปรึกษาเพื่อนำหนังสือ “อัลมุวัฏเฏาะ” ของอิหม่ามมาลิกเป็นธรรมนูญในการปกครอง เคาะลีฟะฮฺอัลมะฮฺดีได้ให้เกียรติและยกย่องคณะผู้พิพากษาอย่างมากให้ความสูงส่งและเคารพในการตัดสิน เคาะลีฟะฮฺฮารูนอัรเราะชีดได้ให้ความใกล้ชิดกับอิหม่ามอะบูหะนีฟะฮฺและอะบูยูซุฟ รวมทั้งมอบหมายให้อะบูยูซุฟเป็นผู้ดูแลและรับผิดชอบงานด้านการพิพากษาและศาล และขอให้เรียบเรียงตำราเกี่ยวกับระบบการเงินการคลังในอิสลาม เคาะลีฟะฮฺอัลมะอฺมูนได้เปิดประตูต้อนรับบรรดานักปราชญ์ และได้จัดให้มีการเสวนาทางวิชาการและกฎหมายอิสลามอย่างสม่ำเสมอบรรดานักกฎหมายอิสลามมีอิสระในการคิดวิเคราะห์และวินิจฉัย ตลอดจนการตัดสินคดี เช่น กอฎีอะบูยูซุฟ กล่าวว่า ตนเองได้เคยตัดสินคดีให้เคาะลีฟะฮฺฮารูนอัรเราะชีดแพ้คดีต่ออีกฝ่ายหนึ่งซึ่งเป็นชาวคริสต์[1]

(2) ผู้พิพากษา

เคาะลีฟะฮฺมีอำนาจในการแต่งตั้ง ถอดถอน และควบคุมดูแลการทำงาน ของผู้พิพากษา โดยทั่วไปเคาะลีฟะฮฺได้แต่งตั้งผู้พิพากษาไม่น้อยกว่าหนึ่งคนประจำเมืองต่าง ๆ บางเมืองอาจมีผู้พิพากษาของแต่ละมัซฮับทั้งสี่ทำหน้าที่พิพากษาคดีที่เกิดขึ้นกับบุคคลทั่วไปตามแนวมัซฮับของคู่ความในคดี ผู้พิพากษาประจำเมืองต่าง ๆ จึงมีจำนวนไม่เท่ากัน อาจมีเพียงหนึ่งคนหรือมากกว่านั้นก็ได้

โครงสร้างการบริหารและพัฒนาการใช้กฎหมายอิสลามในยุคเคาะลีฟะฮฺสายสกุลอับบาส นอกจากมีเคาะลีฟะฮฺเป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุดแล้ว ในยุคนี้ยังมีตำแหน่ง“กอฎีอัลกุฎอฮฺ”หรือ “หัวหน้าคณะผู้พิพากษา” ทำหน้าที่พิพากษาคดีในส่วนกลางให้คำแนะนำเคาะลีฟะฮฺในการแต่งตั้งถอดถอนผู้พิพากษาไปประจำตามหัวเมืองต่าง ๆหรือแต่งตั้งถอดถอนผู้พิพากษาเหล่านั้นโดยตรงตามที่ได้รับมอบหมายจากเคาะลีฟะฮฺ รับผิดชอบดูแลผู้พิพากษา ตรวจสอบการทำงานหรือบางครั้งอาจอุทธรณ์คำพิพากษาก็ได้หากเห็นควร ด้วยบทบาทหน้าที่อันมากมายดังกล่าวนักประวัติศาสตร์ได้ให้ขนานนามตำแหน่งนี้ว่าเป็น ผู้ช่วยเคาะลีฟะฮฺ หรือรัฐมนตรียุติธรรมในยุคนั้น[2]

บุคคลแรกที่ได้ดำรงตำแหน่งนี้ คือ อบูยุซุฟ ผู้เป็นศานุศิษย์คนสำคัญของท่านอิหม่ามหะนะฟี ในสมัยเคาะลีฟะฮฺฮารูน อัรเราะชีด[3]

---

1 Al-Halabi, **Al-Madkhal fi al-T’arif bi al-Fiqh al-Islami**. (S.l.: Matba-‘ah Dar al-Talif) , 1962, 99-100.

2 Nassar, **Safahatmin al-Qadha al-Islami**, (Cairo: Matab’I al-Manar al-‘Arabi), n.d. , 21.

3 Arnus, op. cit., 96-97.

(3) มุฟตีย์ /อิหม่ามมุจญ์ตะฮิด

บรรดาอิหม่ามมุจญ์ตะฮิด เฉพาะอย่างยิ่งอิหม่ามทั้งสี่และบรรดานักปราชญ์ในมัซฮับต่าง ๆ ซึ่งเป็นผู้สืบทอดความรู้มาจากตาบิอีนรุ่นก่อน ในขณะที่ตาบิอีนรุ่นก่อนได้รับความรู้มาจากตาบิอีนรุ่นแรก และตาบิอีนรุ่นแรกรับทอดมาจากบรรดาเศาะหาบะฮฺดังนั้นบรรดานักปราชญ์มุจญ์ตะฮิดในแต่ละเมืองจึงมีการสืบทอดต่อกันมาหลายชั้น นักปราชญ์ในชั้นหนึ่ง ๆ อาจเป็นทั้งศิษย์และครูในเวลาเดียวกัน คือ เป็นศิษย์ของชั้นก่อนและเป็นครูให้กับชั้นถัดไป โดยในปลายศตวรรษที่ 1 แห่งการฮิจญ์เราะฮฺศักราชผู้ที่ทำหน้าที่ให้คำฟัตวาตามหัวเมืองต่างๆ ได้แก่ตาบิอีนที่ร่วมสมัยกับเศาะหาบะฮฺ โดยตาบิอีนเหล่านี้เป็นผู้สืบทอดอัลกุรอานและสุนนะฮฺจากเศาะหาบะฮฺ และศึกษาการฟัตวาและวิธีวิทยาการฟัตวาของเศาะหาบะฮฺ อย่างไรก็ตามยังมีตาบิอีนบางท่าน เช่น สะอีด อิบนุมุสัยยับ แห่งนครมะดีนะฮฺ อัลเกาะมะฮฺ อิบนุกอยส์และสะอีด อิบนุญุบัยร์ แห่งกูฟะฮฺ ทำการฟัตวาในสมัยเศาะหาบะฮฺอีกด้วย ต่อมา “ตาบิอิตตาบิอีน” (ตาบิอีนรุ่นที่ 2) ก็ได้ศึกษาเรียนรู้สิ่งต่างๆเหล่านั้นจาก “ตาบิอีน” ซึ่งต่อมาปราชญ์ผู้นำมัซฮับอิสลามได้ศึกษาศาสตร์แขนงต่างๆของอิสลามจากตาบิอิตตาบิอีนเหล่านั้นและทำหน้าที่ให้คำฟัตวาแก่ผู้คนทั่วไปการฟัตวาจึงมีลักษณะเชื่อมโยงสืบต่อกันมาเป็นลำดับแต่ไม่ได้รับการมอบหมายแต่งตั้งจากเคาะลีฟะฮฺเป็นการเฉพาะ เพียงเป็นผู้มีความรู้ความสามารถและเป็นที่ยอมรับของปวงชนและประชาชาติมุสลิม ดังนั้นขณะที่ทำหน้าที่ฟัตวา โดยส่วนใหญ่ปราชญ์ผู้มีความรู้ความสามารถเหล่านี้จะประกอบอาชีพอื่น ๆ ไปด้วย บางท่านเป็นผู้ที่ได้รับแต่งตั้งเป็นผู้พิพากษาด้วย เช่น ท่านชุรอยหฺ ท่านอัชชะอฺบี และท่านอะบูยูซุฟ และบางท่านเป็นผู้ประกอบอาชีพค้าขาย เช่น อิหม่ามหะนะฟี เป็นต้น [1]

การฟัตวาในยุคนี้สามารถแบ่งได้เป็น 2 ลักษณะคือ การฟัตวาของปราชญ์ผู้นำมัซฮับอิสลามที่สามารถฟัตวาโดยอิสระไม่ยึดติดกับทัศนะของมุจญ์ตะฮิดอื่นซึ่งได้รับอิทธิพลมาจากสำนักหะดีษนิยมและสำนักวิจารณญาณนิยม ทำหน้าที่ฟัตวาทั้งในทางแพ่งและพาณิชย์รวมทั้งทางอาญาและอื่นๆ[2]อีกลักษณะหนึ่ง คือ การฟัตวาของปราชญ์ผู้เป็นศิษย์สังกัดมัซฮับต่างๆ ได้เริ่มขึ้นตั้งแต่ตอนต้นของยุคนี้พร้อมๆกับการเขียนตำราบันทึกทัศนะของปราชญ์ผู้นำสำนักกฎหมายอิสลาม[3]นักปราชญ์เหล่านี้มีจำนวนมากและไม่สามารถระบุจำนวนที่แน่นอนได้[4]เป็นที่รู้จักแพร่หลายในนาม “เฏาะบะกอต”[5] ของสำนักต่างๆ ซึ่งนักวิชาการหลายๆท่านได้เรียบเรียงตำรา

---

1 Khallaf, **Khulasah Tarikh al-Tashrie’ al-Islami**, 64.

2 Khudhri, **Tarikh al-Tashri’ al- Islami,** (Beirut: Dar al-fikr), 1995, 127-146.

3 Al-Zarqa , op. cit., 201.

4 Abu al-Wafa-a al-Qurshi, **Al-Jawahir al-Mudhiah fi Tabaqat al-Hanafiah**, (Giza :Hijr li Tiba’ahwa al-NashrwaTuaz’iwa al-‘I-lan), 1993, 5.

5 อย่างไรก็ตาม การแบ่งเฏาะบะกอต อาจแบ่งเป็นยุคสมัยหรือเป็นลักษณะความเชี่ยวชาญก็ได้

เกี่ยวกับเฏาะบะกอตของสำนักต่างๆ ทั้งโดยภาพรวมของทุกมัซฮับและโดยจำแนกเฉพาะมัซฮับ ตำราเกี่ยวกับเฏาะบะกอตของสำนักต่างๆ โดยภาพรวม เช่น"เฏาะบะกอต อัลฟุเกาะฮาอฺ วะอัลมุหัดดิษีน" เขียนโดยฮัยซัมอิบนุอะดี"เฏาะบะกอต อัลฟุเกาะฮาอฺ" เขียนโดยอบูอาศิม มุฮัมมัดอิบนุอะหฺมัด อัลอิบาดี และ "เฏาะบะกอต อัลฟุเกาะฮาอฺ" เขียนโดยอบูอิสหาก อัลชัยรอซี

โดยทั่วไปมุฟตีย์ทำหน้าที่ฟัตวาที่เป็นการวินิจฉัยกฎหมายอิสลามในกรณีต่างๆ จากข้อกฎหมายอิสลามที่ปรากฏอยู่แล้ว แต่การฟัตวาของอิหม่ามมุจญ์ตะฮิดมีลักษณะพิเศษกว่ามุฟตีย์อื่นๆ คือสามารถสังเคราะห์ข้อกฎหมายใหม่ในกรณีใหม่ๆ ที่ไม่มีตัวบทระบุไว้อย่างชัดเจนจากแหล่งที่มาของกฎหมายอิสลาม เช่น จารีตประเพณีหรืออื่นๆ บทบาทหน้าที่ของอิหม่ามมุจญ์ตะฮิดจึงมีความสำคัญในการบริหารและพัฒนากฎหมายอิสลาม เนื่องจากมีลักษณะเป็นอำนาจนิติบัญญัติประการหนึ่งในกระบวนการนิติบัญญัติทางกฎหมายอิสลาม

(4) มัซฮับในทางกฎหมายอิสลาม

มัซฮับหรือสำนักในทางกฎหมายอิสลาม เกิดขึ้นสืบเนื่องจากวิธีวิทยาการวิเคราะห์วินิจฉัยบทบัญญัติทางกฎหมายอิสลามของบรรดานักปราชญ์มุจญ์ตะฮิดในยุคนี้มีลักษณะเฉพาะที่แตกต่างกันค่อนข้างมากหากเปรียบเทียบกับในยุคคุละฟาอุรรอชิดูนหรือยุคเคาะลีฟะฮฺสายสกุลอุมัยยะฮฺก่อนหน้านั้นเพราะความแตกต่างในยุคนี้มิได้จำกัดอยู่แต่เฉพาะประเด็นปลีกย่อย หากขยายออกไปสู่รากฐานที่มาของกฎหมายอิสลามบางประการเช่น อิสติหฺซาน มะศอลิหฺมุรสะละฮฺ สัดดฺซซะรอเอี๊ยะอฺ อิสติศหาบ ดังกล่าวมาข้างต้นและยังมีแนวคิดทางนิติศาสตร์ที่ต่างกันในแง่ของการตีความตามตัวบทและตีความตามเจตนารมณ์ ตลอดจนการใช้หลักเกณฑ์บางประการในทางภาษาศาสตร์เพื่ออธิบายความหมายของอัลกุรอานก็มีแนวคิดที่แตกต่างความแตกต่างที่เกิดขึ้นนี้เป็นลักษณะเฉพาะที่พัฒนาไปสู่การเป็นมัซฮับ และการมีมัซฮับต่าง ๆ ส่งผลให้การใช้กฎหมายอิสลามมีความหลากหลาย ยืดหยุ่น และสอดคล้องกับยุคสมัย[1]เป็นมรดกทางวิชาการด้านกฎหมายอิสลามที่สำคัญยิ่งต่อการจัดทำเป็นประมวลกฎหมาย การพิพากษาคดี หรือแม้แต่การปฏิบัติศาสนกิจต่าง ๆ ได้อย่างสะดวกและเหมาะสมกับสภาพการณ์แห่งยุคสมัย

---

[1] Khallaf, **KhulasahTarikh al-Tashrie' al-Islami**, 72-80.

3.1.5 การใช้กฎหมายอิสลามและองค์กรบริหารและพัฒนาการใช้กฎหมายอิสลามในยุคออตโตมาน[1]

3.1.5.1 การใช้กฎหมายอิสลามในยุคออตโตมาน

ภายหลังการล่มสลายของกรุงแบกแดด ในปี ฮ.ศ. 656/ค.ศ.1258 จนกระทั่งปลายศตวรรษที่ 13 ฮิจเราะฮ์ศักราช/ศตวรรษที่ 19 คริสต์ศักราช เป็นยุคที่กฎหมายอิสลามตกอยู่ในภาวะซบเซาและถดถอยแม้จะมีนักปราชญ์ด้านกฎหมายอิสลามที่มีชื่อเสียงคนสำคัญ ๆ อยู่บ้างก็ตาม แต่โดยทั่วไปปวงปราชญ์ส่วนใหญ่ขณะนั้นไม่ได้นำเสนอแนวความคิดหรือบทวิเคราะห์เกี่ยวกับปัญหาร่วมสมัยที่เกิดขึ้นในสังคมซึ่งไม่ปรากฏข้อวินิจฉัยมาก่อน ตำราที่เรียบเรียงขึ้นในยุคนี้ก็มีความซับซ้อนซ่อนเงื่อนยากต่อการเข้าใจ พวกเขายึดถือในมัซฮับอย่างไม่มีข้อแม้และปิดประตูการวินิจฉัยปัญหาศาสนาโดยสิ้นเชิงส่งผลต่อการยึดถือปฏิบัติของบรรดามุสลิมทั่วไปให้ยึดถือมัซฮับต่าง ๆ อย่างเคร่งครัดไปด้วย เช่น พวกเตอร์กนิยมยึดถือมัซฮับหะนะฟี พวกอัยยูบียึดถือมัซฮับชาฟิอีย์ พวกฟาฏิมีย์ยึดถือมัซฮับชีอะฮฺอัลอิสมาอีลียะฮฺ เป็นต้น สภาพการณ์เช่นนี้แผ่คลุมอาณาจักรออตโตมานและสังคมมุสลิม โดยบรรดานักกฎหมายอิสลามในขณะนั้นก็ไม่ได้ตระหนักถึงผลกระทบจากความนิยมในมัซฮับแบบปิดหูปิดตาดังกล่าว สังคมก็มิได้เล็งเห็นถึงความจำเป็นที่ต้องปรับปรุงหรือพัฒนาข้อบัญญัติต่าง ๆ ทางกฎหมายให้เหมาะสมกับยุคสมัย ทำให้ประชาชนละทิ้งการปฏิบัติตามหลักศาสนบัญญัติ(ชารีอะฮ์)และหันไปใช้กฎหมายตะวันตกแทนเพื่อสนองความต้องการด้านการดำเนินชีวิต ธุรกิจการงานต่าง ๆ[2]

การปิดประตูการอิจญ์ติฮาดหรือห้ามการวิเคราะห์วินิจฉัยทางกฎหมายอิสลามทำให้กฎหมายอิสลามต้องประสบกับภาวะหยุดชะงักและถดถอย รวมทั้งทำให้อำนาจในการ

---

1 ยุคออตโตมาน : เริ่มสถาปนาขึ้นใน ปี ฮ.ศ. 699 ตรงกับ ค.ศ. 1299 โดยอุษมาน อิบนุอัรฏุฆรุล สิ้นสุดลงในปี ฮ.ศ. 1342 ตรงกับ ค.ศ. 1923 มีอายุกว่า 600 ปี โดยพวกเติร์กกลุ่มหนึ่งในแถบเอเชียกลางได้อพยพจากเมืองเตอร์กิสตานมาพำนักอยู่ในบริเวณเอเชียไมเนอร์เนื่องจากการบุกโจมตีของแม่ทัพเจงกิสข่าน และได้สถาปนารัฐเล็ก ๆ ขึ้นโดยการนำของอุษมาน อิบนุอัรฏุฆรุล ในปี ฮ.ศ. 699/ ค.ศ. 1299 ถือเป็นจุดกำเนิดของอาณาจักรออตโตมานหรืออุษมานียะห์ โดยพาดพิงไปยังนามของท่านอุษมาน ซึ่งเป็นผู้สถาปนาอาณาจักรแห่งนี้ ในช่วงเวลาต่อมาราวสองศตวรรษ รัฐเล็ก ๆ แห่งนี้กลายเป็นอาณาจักรอันยิ่งใหญ่กว้างขวางครอบคลุมทวีปเอเชีย ยุโรป และแอฟริกา หลังจากนั้นสามารถพิชิตกรุงคอนแสตนติโนเปิล และอาณาจักรไบแซนไตน์ ตลอดจนหมู่เกาะต่าง ๆ ในทะเลเมดิเตอร์เรเนียน ทางตอนเหนือขยายไปจนถึงทะเลดำ ทางทิศตะวันออกไปถึงอินเดีย และเข้ายึดครองกลุ่มประเทศอาหรับไว้เกือบทั้งหมด ทำให้โลกอาหรับและโลกอิสลามกลับสู่ความเป็นเอกภาพในทางการเมือง อีกครั้งหนึ่งภายใต้การปกครองของอาณาจักรออตโตมาน (Abu Talib, op. cit., 207-209)

2 Abu Talib, op. cit., 216, Al-zarqa, op. cit., 211.

กำหนดบทบัญญัติจากเดิมซึ่งเป็นของบรรดานักปราชญ์มุจญ์ตะฮิดเปลี่ยนไปเป็นของผู้นำ เคาะลีฟะฮฺ สุลต่าน กอฎี วาลีหรือผู้ปกครองแล้วแต่กรณี แม้ผู้นำเหล่านี้จะขาดคุณสมบัติเป็นมุจญ์ตะฮิดก็ตาม โดยในเบื้องต้นจำกัดแต่ในกิจการที่ไม่มีข้อบัญญัติมาก่อน เช่น เรื่องการเงินการคลังโดยใช้คำว่า กฎหมาย (กอนูน) และในภาษาตุรกีว่า "กอนูน นามะฮฺ" เพื่อแสดงว่าเป็นสิ่งที่เป็นคำสั่งของเคาะลีฟะฮฺหรือสุลต่าน ส่วนบทบัญญัติที่มาจากตำราทางกฎหมายอิสลามใช้คำว่า "ชะรีอะฮฺ" หรือ "ชัรอี" และภายหลังจากการปิดประตูอิจญ์ติฮาดเคาะลีฟะฮฺหรือสุลต่านได้ดำเนินการตรากฎหมายตามความเห็นของมัซฮับหนึ่งมัซใดหรือนักปราชญ์ทางกฎหมายคนหนึ่งคนใด และบังคับให้ทุกคนต้องปฏิบัติตามนั้น ในยุคออตโตมาน สภาพการณ์เช่นนี้ได้พัฒนาไปอย่างกว้างขวาง[1]

กฎหมายที่ใช้ในอาณาจักรออตโตมานจึงมี 2 ประเภทใหญ่ ๆ คือกฎหมายชะรีอะฮและกฎหมายสุลต่าน หรือที่เรียกว่า"กอนูน นามะฮฺ" ซึ่งเป็นอำนาจของสุลต่านในการบัญญัติกฎหมายในส่วนที่ไม่มีบทบัญญัติอิสลามกำหนดไว้โดยตรง ผู้ที่ทำหน้าที่ตัดสินและบังคับใช้บทบัญญัติของสุลต่านเรียกว่า *"อะฮฺลิอุรฟี"* ส่วนผู้ที่ทำหน้าที่บังคับในการบังคับใช้กฎหมายชะรีอะฮเรียกว่า "อุลามาอฺ" อย่างไรก็ตามอุลามาอฺมีอำนาจที่จะเสนอให้ประกาศยกเลิกกฎหมายใด ๆ ที่ขัดแย้งกับกฎหมายชะรีอะฮฺได้

การใช้กฎหมายอิสลามในยุคนี้ แม้จะมีภาพลักษณ์โดยทั่วไปที่ตกต่ำและถดถอยแต่ก็มีความพยายามบางประการที่ส่งผลต่อการพัฒนาการใช้กฎหมายอิสลาม[2]ที่สำคัญ ได้แก่

(1) มีการบันทึกรวบรวมคำวินิจฉัยข้อบัญญัติทางศาสนา (ฟัตวา) อย่างเป็นระบบและกระบวนการ โดยการจัดเรียบเรียงหัวข้อเป็นหมวดหมู่และแบ่งเป็นบทต่าง ๆ สอดคล้องกับหมวดหมู่และบทที่ปรากฏในตำรากฎหมายอิสลาม หนังสือรวบรวมคำฟัตวาเหล่านี้ จึงเป็นเสมือนนิติศาสตร์อิสลามเชิงประยุกต์ ระหว่างหลักการทางทฤษฎีกับปรับใช้ต่อกรณีเหตุการณ์หรือปัญหาที่เกิดขึ้นแห่งยุคสมัย ซึ่งโดยทั่วไปเรียบเรียงไว้ในลักษณะเป็นคำถามและคำตอบ และบางครั้งก็มีการเรียบเรียงไว้ในลักษณะประมวลข้อบัญญัติทางกฎหมายที่ได้มาจากการวิเคราะห์วินิจฉัยเฉพาะส่วนที่เป็นคำตอบโดยไม่กล่าวถึงคำถาม หนังสือฟัตวาที่สำคัญ ๆ และยังคงเป็นแหล่งอ้างอิงกระทั่งปัจจุบัน เช่น ฟะตาวาอัลตะตาคอนียะฮฺ ฟะตาวาอัลคอนียะฮฺ ฟะตาวาอัลหามิดียะฮฺ และฟะตาวาอัลฮินดียะฮฺ เป็นต้น

(2) มีการตราพระราชกฤษฎีกาสุลต่านแห่งยุคออตโตมานเกี่ยวกับประเด็นปัญหาทางนิติศาสตร์ เช่น การกำหนดอายุความ โดยการห้ามมิให้ศาลรับฟังคำฟ้องภายหลังจากล่วงเลยเวลาที่กำหนด และพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการปรับค่าสินไหม และมีการตราพระราชกฤษฎีกา

---

[1] Abu Talib, op. cit., 221.

[2] Al-Zarqa, op. cit., 215-216.

สุลต่านในเรื่องอื่น ๆ ภายใต้ข้อวินิจฉัยทางกฎหมายอิสลามที่ยอมรับให้เคาะลีฟะฮฺหรือประมุขแห่งรัฐสามารถกำหนดบทบัญญัติข้อหนึ่งข้อใดหรือทัศนะหนึ่งทัศนะใด แม้ว่าเป็นทัศนะที่อ่อนหรือเป็นความเห็นส่วนน้อย หากมีความสอดคล้องกับยุคสมัยก็สามารถนำมาปฏิบัติและบังคับใช้เป็นกฎหมายได้ บรรดานักปราชญ์กฎหมายอิสลามในยุคนี้ต่างมีความเห็นสอดคล้องกันว่า พระราชกฤษฎีกาหรือกฎหมายของสุลต่าลหรือเคาะลีฟะฮฺในเรื่องที่ได้มาจากการวินิจฉัย แม้ไม่มีตัวบทอัลกุรอานและสุนนะฮฺบัญญัติไว้โดยตรงก็มีผลบังคับให้ทุกคนต้องปฏิบัติตาม

(3) เริ่มมีการจัดทำและตราประมวลกฎหมายขึ้นบังคับใช้ในตอนปลายของยุคออตโตมาน โดยการสังเคราะห์บทบัญญัติแห่งกฎหมายอิสลามตามมัซฮับหะนะฟีย์ ซึ่งเป็นมัซฮับของอาณาจักรออตโตมานเป็นประมวลกฎหมาย เพื่อตอบสนองความต้องการแห่งยุคสมัยและความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจและกฎหมายกับประเทศยุโรป ในยุคที่ยุโรปกำลังพัฒนาอุตสาหกรรมและมีการถ่ายทอดวัฒธรรมอุตสาหกรรมจากยุโรปเข้าสู่สังคมมุสลิม ส่งผลให้สังคมมุสลิมมีการเปลี่ยนแปลงทางสังคม ตลอดจนแนวคิดทางการเมืองการปกครอง เศรษฐกิจ และกฎหมาย เกิดประเด็นปัญหาที่ไม่เคยเกิดขึ้นมาก่อนในอดีต จึงจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องฟื้นฟูการบังคับใช้กฎหมายอิสลามและสร้างนักกฎหมายรุ่นใหม่ที่มีศักยภาพในการยืนหยัดต่ออารยธรรมและกฎหมายตะวันตก[1]

3.1.5.2 องค์กรบริหารและพัฒนาการใช้กฎหมายอิสลามในยุคออตโตมาน

การบริหารและพัฒนาการใช้กฎหมายอิสลามในยุคออตโตมานโดยทั่วไปเป็นหน้าที่ของเคาะลีฟะฮฺหรือสุลต่าน ผู้พิพากษาหรือกอฎี ชัยคุลอิสลามและมุฟตีย์ ตลอดจนบรรดานักปราชญ์กฎหมายอิสลาม ดังนี้

(1) เคาะลีฟะฮฺ/สุลต่าน

องค์กรบริหาร ในช่วงแรกของยุคออตโตมาน เคาะลีฟะฮฺหรือผู้นำสูงสุดเรียกว่า "สุลฏอน" หรือ "สุลต่าน" ซึ่งเป็นตำแหน่งที่เคาะลีฟะฮฺสายสกุลอับบาสได้ประทานให้กับผู้ว่าการ (อามีร) ที่ทำหน้าที่ปกครองพวกเตอร์กในอดีตสมัยยุคเคาะลีฟะฮฺสายสกุลอับบาส ต่อมาเมื่ออาณาจักรออตโตมานได้ขยายกว้างขวางขึ้นได้มีการเปลี่ยนชื่อตำแหน่งนี้เป็น "คอนการ์" หรือ "อัลบาดซาฮ์" ซึ่งเป็นคำในภาษาเปอร์เซีย หมายถึง "จอมราชันย์" หรือ "กษัตริย์ผู้ยิ่งใหญ่" หลังจากนั้นเมื่อสามารถพิชิตประเทศอาหรับและแคว้นหิญาซได้ เปลี่ยนชื่อตำแหน่งนี้ใหม่เป็น "ผู้พิทักษ์ดินแดนอันศักดิ์สิทธิ์ทั้งสอง" (มักกะฮฺและมะดีนะฮฺ) นับแต่นั้นเป็นต้นมามีบรรดาศักดิ์นำหน้าด้วย

---

[1] Abu Talib, op. cit., 216-217; Al-Zarqa, op. cit., 211-212.

คำว่า "เคาะลีฟะตุ้ลมุสลิมีน" ดังปรากฏอยู่ในเอกสารทางราชการต่าง ๆ ตราบจนกระทั่งได้มีการยกเลิกระบบเคาะลีฟะฮฺ ในปี ค.ศ. 1924[1]

เคาะลีฟะตุ้ลมุสลิมีน หรือ สุลต่านในยุคออตโตมานเช่นเดียวกับยุคอื่น ๆ ในฐานะที่เป็นผู้ปกครองสูงสุดย่อมอยู่ในสถานะที่ได้รับการเชื่อฟังและปฏิบัติตามจากปวงชนตามหลักการในคัมภีร์อัลกุรอาน ความว่า **"ผู้ศรัทธาทั้งหลาย จงเชื่อฟังอัลลอฮฺและเชื่อฟังเราะสูลเถิด และผู้ปกครองในหมู่พวกเจ้าด้วย"** (อันนิซาอฺ 59) บรรดานักปราชญ์กฎหมายอิสลามมีความเห็นสอดคล้องกันว่า การเชื่อฟังผู้นำในที่นี้มีเงื่อนไขว่าจะต้องไม่เป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งอัลลอฮฺ หรือบทบัญญัติแห่งชะรีอะฮฺของพระองค์ ดังนั้น การอันใดที่เป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติอันชัดแจ้งจากอัลกุรอาน สุนนะฮฺ หรืออิจญ์มาอฺ การอันนั้นมิต้องปฏิบัติตาม แต่หากเป็นบทบัญญัติที่ไม่ปรากฏชัดแจ้ง เพียงเป็นข้อวินิจฉัยของนักปราชญ์กฎหมายอิสลามบางท่านหรือบางมัซฮับ เช่นนี้บรรดานักปราชญ์กฎหมายอิสลามมีความเห็นแตกต่างกันว่าเคาะลีฟะฮฺสามารถบังคับให้ทุกคนต้องปฏิบัติตามได้หรือไม่ โดยส่วนหนึ่งเห็นว่าไม่สามารถบังคับได้ เพราะเป็นเพียงข้อวินิจฉัยซึ่งอาจผิดหรือถูกก็ได้ แต่ในยุคออตโตมานนักปราชญ์ส่วนใหญ่มีความเห็นสอดคล้องกันว่ากรณีเช่นนี้เคาะลีฟะฮฺสามารถตรากฎหมายและบังคับให้ทุกคนต้องปฏิบัติตาม โดยยึดหลัก **"อัลมะศอลิหฺอัลมุรสะละฮฺ"** และหลัก **"ข้อบัญญัติแห่งกฎหมาย(หุกมฺ)ย่อมเปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัย"**[2]สุลต่านจึงมีอำนาจในการบัญญัติกฎหมายในส่วนที่ไม่มีบทบัญญัติอิสลามกำหนดไว้โดยตรงเรียกว่า "กอนูนนามะฮฺ" อำนาจในการกำหนดบทบัญญัติซึ่งเดิมเป็นอำนาจหน้าที่ของบรรดานักปราชญ์มุจญ์ตะฮิดเท่านั้น แต่ในยุคนี้ได้เปลี่ยนไปเป็นอำนาจของเคาะลีฟะฮฺหรือสุลต่านทั้งที่ขาดคุณสมบัติการเป็นมุจญ์ตะฮิดเนื่องจากประตูการอิจญ์ติฮาดสำหรับบรรดานักปราชญ์ได้ถูกปิดลงดังกล่าวแล้ว[3]

(2) ผู้พิพากษาหรือกอฎี

การศาลในยุคนี้ในช่วงแรกมีลักษณะแบบง่าย ๆ ผู้พิพากษาคนเดียวทำการพิจารณาคดี สอบถามพยานและพิพากษา โดยกระทำขึ้นที่ศาลหรือที่บ้านตามความเหมาะสม กระบวนการพิจารณาคดีสำเร็จลงด้วยความรวดเร็ว ผู้พิพากษามีอำนาจบังคับคดีด้วยในเวลาเดียวกัน มีแนวทางการปฏิบัติคล้ายกับการศาลในยุคคุละฟาอุรรอชิดูน

ต่อมาเมื่อได้มีการจัดระบบการบริหารซึ่งส่วนใหญ่เลียนแบบตะวันตก ส่งผลถึงการจัดระบบด้านตุลาการ ประการหนึ่งที่เห็นได้ชัดคือการจัดตั้งศาลแพ่งและศาลศาสนา ผู้พิพากษาในช่วงต้น ๆ ดำรงตำแหน่งเป็นเวลายาวนาน ทว่าเมื่อระบบศาลเสื่อมลงด้วยเหตุบุตรหลานของ

---

1 Abu Talib, op. cit., 210-211.

2 Al-Zarqa, op. cit., 215.

3 Abu Talib, op. cit., 220.

คณะมนตรีและญาติมิตรของผู้ปกครองเมืองต่าง ๆ เข้ามามีบทบาทและดำรงตำแหน่งอยู่ในศาลมากมาย เป็นเหตุให้ต้องลดระยะเวลาในการดำรงตำแหน่งเหลือเพียงหนึ่งปี[1]

ประธานคณะผู้พิพากษาหรือผู้พิพากษาสูงสุดในยุคนี้ เรียกว่า "กอฎีอัซกัร" (ผู้พิพากษาศาลทหาร) เป็นหัวหน้าคณะตุลาการ เป็นตำแหน่งที่แต่งตั้งขึ้นในสมัยสุลต่านมุรอดที่ 1 ต่อมาสุลต่านมุฮัมมัดอัลฟาติหฺและสุลต่านสลีมที่หนึ่งได้เพิ่มอีกสองตำแหน่ง คือตำแหน่งหนึ่งสำหรับชาวยุโรป และอีกตำแหน่งหนึ่งสำหรับชาวแอฟริกา มีอำนาจหน้าที่ทางตุลาการทั้งด้านการทหารและพลเรือน คณะผู้พิพากษาอัซกัรนี้ยังมีอำนาจหน้าที่ในการแต่งตั้งผู้พิพากษาและผู้แทนผู้พิพากษา ตลอดจนเจ้าหน้าที่ด้านตุลาการต่าง ๆ ทั้งหมด มีการจัดลำดับผู้พิพากษาตามอำนาจหน้าที่และอาณาเขตที่รับผิดชอบจนเป็นที่รู้จักโดยทั่วไปว่า ผู้พิพากษาประจำเมืองหลวง ผู้พิพากษาประจำเมืองสำคัญ ผู้พิพากษาประจำหัวเมืองต่าง ๆ และผู้พิพากษาชั้นผู้น้อยที่ทำหน้าที่พิพากษาอรรถคดีในชุมชน หรือตำบลต่าง ๆแบ่งออกเป็นสามกลุ่ม ได้แก่ กลุ่มผู้ตรวจการ กลุ่มคณะผู้พิพากษา และกลุ่มผู้ช่วยผู้พิพากษา[2]

ผู้พิพากษาทุกคนมีอำนาจหน้าที่ทั้งทางศาลและการบริหารบ้านเมือง เมื่อเป็นผู้พิพากษาในศาลมุสลิมประจำท้องถิ่นก็จะทำหน้าที่นำกฎหมายอิสลามมาบังคับใช้ซึ่งรวมถึงกฎหมายที่สุลต่านออกประกาศให้ใช้บังคับแก่ประชาชนผู้อยู่ใต้ปกครองด้วย ผู้พิพากษาจะต้องให้ความเชื่อมั่นว่าศาลสามารถให้ความยุติธรรมแก่ทุกคนได้ การฟ้องร้องจะต้องดำเนินการอย่างรวดเร็วและยุติธรรม โดยไม่มีการแบ่งแยกชนชั้นและไม่มีการแทรกแซง

ในด้านการบริหารบ้านเมืองผู้พิพากษาต้องรับผิดชอบในการควบคุม ตรวจตราผู้บริหารในเขตของตน ต้องรับผิดชอบในการออกเอกสารสำคัญ รับรองบัญชีรายชื่อประเมินภาษีและบัญชีจัดเก็บให้มีความถูกต้อง ยุติธรรม รวมทั้งมีอำนาจในการลงโทษข้าราชการส่วนท้องถิ่นที่กระทำความผิดโดยให้ออกหรือปลดออกอันเนื่องมาจากการไม่ปฏิบัติหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนด

อาณาจักรออตโตมานมีการจัดตั้ง "ศาลแพ่ง" และ"ศาลชะรีอะฮฺ" (ศาลศาสนา) ต่อมาศาลชะรีอะฮฺได้แยกคดีนอกจากคดีครอบครัวมรดกเป็นศาลอัลนิฏอมียะฮฺมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีต่าง ๆ นอกจากคดีครอบครัวมรดกและคดีเกี่ยวกับการประกอบธุรกรรมต่าง ๆ ตามกฎหมายอิสลามซึ่งเดิมอยู่ในอำนาจของศาลชะรีอะฮฺ[3]

---

1 Abdurrahman, **Al-Qadhawa Nizamuh fi al-Kitabwa al-Sunnah**, (Makkah: Umm al-Qura University), 1989, 298.

2 Yaghi, Al-Dualah al-Uthmaniah fi al-Tarikh al-Islami al-Hadith, (S.l.:Maktabah 'Abikan), 1998, 82, 89.

3 Muhammad 'Iwadh, **Al-Idarah al-Uthmaniah**. (Cairo: Matab'I Dar al-Ma'arif), 1969, 111-113.

การศาลในสมัยนี้ยังคงดำเนินไปตามหลักกฎหมายอิสลาม กระทั่งเมื่ออาณาจักรออตโตมานอ่อนแอลงและความบกพร่องในด้านการบริหารและการปกครองปรากฏขึ้น การทุจริตฉ้อโกงปกคลุมทั่วไป ประหนึ่งพายุร้ายที่โหมกระหน่ำอาณาจักรอันยิ่งใหญ่อย่างรุนแรง ส่งผลกระทบถึงการศาลในระดับมากน้อยต่างกันไปในแต่ละเมืองและแว่นแคว้น บางแห่งสามารถรักษาเอกลักษณ์ไว้ได้อย่างเหนียวแน่น ในขณะที่หลายแห่งตกต่ำและเสื่อมลงอย่างถึงที่สุด ตำแหน่งผู้พิพากษาถูกซื้อขายแลกเปลี่ยนและตกอยู่ในการครอบครองของผู้ขาดคุณสมบัติ

ในช่วงเวลานั้นเอง ยุโรปได้เข้ายึดครองอาณาจักรออตโตมานซึ่งอยู่ในสภาพคนป่วยที่มีโรคร้ายรุมเร้ารอบด้าน และต้องจำยอมลงนามในข้อตกลงต่าง ๆ รวมทั้งการปรับปรุงแก้ไขระบบการศาล กระทั่งได้มีการจัดตั้ง “ศาลอัลนิฏอมียะฮฺ” แยกต่างหากจาก “ศาลอัชชัรอียะฮฺ” มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีต่าง ๆ นอกจากคดีครอบครัวมรดกและคดีเกี่ยวกับการประกอบธุรกรรมต่าง ๆ ตามกฎหมายอิสลามซึ่งอยู่ในอำนาจของศาลอัชชัรอียะฮฺ ต่อมาจึงได้มีการตราประมวลกฎหมายอิสลามลักษณะพาณิชย์ขึ้นเป็นบทและมาตราเรียกว่า “มะญัลละฮฺอัลอะหฺกามอัลอัดลียะฮฺ” ในปี ฮ.ศ. 1286 โดยประกาศใช้ในปี ฮ.ศ. 1293[1]

(3) ชัยคุลอิสลามและมุฟตีย์

โดยทั่วไปบรรดานักปราชญ์มุสลิมในแต่ละยุคสมัยมีบทบาทหน้าที่ในการเป็นมุฟตีย์ คือ การอธิบายหรือวินิจฉัยปัญหาทางกฎหมายอิสลามให้กับผู้ไม่รู้ที่ประสบปัญหาหรือผู้สงสัย โดยไม่จำเป็นว่าจะมีการแต่งตั้งจากเคาะลีฟะฮฺอย่างเป็นทางการหรือไม่ นักปราชญ์ทุกคนจึงสามารถเป็นมุฟตีย์ได้เมื่อมีคุณสมบัติตามที่กำหนดและมีความรอบรู้เป็นที่ยอมรับ มุฟตีย์ในความหมายทางวิชาการในตำรากฎหมายอิสลามทั่วไป ที่ใช้คำว่ามุฟตีย์กับผู้ที่ทำการฟัตวา ไม่ว่าจะได้รับการแต่งตั้งจากรัฐหรือไม่ เนื่องจากในกระบวนการวิวัฒนาการของระบบฟัตวาตำแหน่งมุฟตีย์นับตั้งแต่ยุคของท่านเราะสูล ﷺ ตลอดมาจนถึงยุคเคาะลีฟะฮฺสายสกุลอุมัยยะฮฺ (Omayyad Dynasty) เคาะลีฟะฮฺสายสกุลอับบาสียะฮฺ (Abbasid Dynasty)ไม่ปรากฏว่ามีการแต่งตั้งตำแหน่งมุฟตีย์เป็นการเฉพาะ ตำแหน่งมุฟตีย์เริ่มมีขึ้นครั้งแรกในสมัย เคาะลีฟะฮฺสายสกุลอุษมานียะฮฺ Otthoman Dynasty)[2]โดยมีขึ้นครั้งแรกในสมัยของสุลต่านสะลีม สุลต่านลำดับที่ 9[3] แห่งออตโตมานเท่านั้น โดยที่สุลต่านพระองค์ก่อนๆนั้นแม้ว่าจะมีการแต่งตั้งผู้ดำรงตำแหน่งอื่นๆ เช่น ผู้พิพากษา

---

1 Al-Zuhaili, **Al-Fiqh al-Islamiwa Adillatuh** 1, 156-157.

2 Al-Mallah, **Al-Fatwa Nash-atuhawa Tatauwuratuha Usuluhawa Tatbiqatuha** 1, (Beirut : al-Maktabah al-Asriah), 2001, 728.

3 สุลต่านสะลีมที่ 1 มีพระนามเต็มว่า สะลีม บินอบียาซีด บินมุฮัมมัด (ฮ.ศ. 872 – ฮ.ศ.926)ดำรงตำแหน่งตั้งแต่ปี ฮ.ศ. 918 – ฮ.ศ. 926 เป็นสุลต่านองค์ที่ 9 แร่งราชวงศ์อุษมานียะฮฺ (Yaghi, op. cit., 55.)

แต่ก็ปล่อยให้การฟัตวาเป็นอำนาจหน้าที่ของนักวิชาการ ซึ่งคำฟัตวาของนักวิชาการเหล่านั้นหลาย ๆ ครั้งมีความขัดแย้งกัน ต่อมาเมื่อสุลต่านสะลีม เข้าปกครองกรุงดามัสกัสในปี ฮ.ศ. 922 จึงได้จัดระเบียบการฟัตวา โดยการแต่งตั้งมุฟตีย์ตามสำนักกฎหมายอิสลามทุกสำนัก และห้ามผู้อื่นฟัตวา เช่นเดียวกับการพิพากษาที่ห้ามบุคคลที่ไม่ได้รับการแต่งตั้งจากประมุขทำหน้าที่พิพากษา ซึ่งสุลต่านต่อๆมาก็ได้แต่งตั้งมุฟตีย์สำหรับเมืองต่างๆ ตราบจนปัจจุบัน[1]

ชัยคุลอิสลาม เป็นผู้นำของมุฟตีย์และนักวิชาการอิสลามภายใต้การบังคับบัญชาของสุลต่าน เป็นตำแหน่งที่ต้องมีพระบรมราชโองการแต่งตั้งจากนักวิชาการอิสลามที่มีชื่อเสียง ส่วนมุฟตีย์ในอาณาจักรออตโตมานนั้นแต่งตั้งโดยสุลต่านซึ่งแต่งตั้งจากนักวิชาการที่มีชื่อเสียงโดยมีการแต่งตั้งมุฟตีย์ประจำเมืองใหญ่ๆในอาณาจักรออตโตมานทุกเมือง[2]

ชัยคุลอิสลามและมุฟตีย์ จึงมีบทบาทหน้าที่เป็นผู้ประกาศคำฟัตวาหรือข้อวินิจฉัยเพื่อตอบปัญหาที่ผู้พิพากษาหรือเจ้าหน้าที่เป็นผู้เสนอหรือแม้แต่สามัญชนที่ต้องการคำตอบทางกฎหมายในกรณีปัญหาอย่างใดอย่างหนึ่งให้มุฟตีย์ทำการวิเคราะห์วินิจฉัยเพื่อค้นหาคำตอบต่อกรณีปัญหาที่เกิดขึ้น โดยที่ผู้พิพากษาจะนำคำฟัตวาดังกล่าวไปใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี[3]

3.2 การใช้กฎหมายอิสลาม และองค์กรบริหารและพัฒนาการใช้กฎหมายอิสลามในปัจจุบัน: กรณีศึกษาประเทศมาเลเซีย

3.2.1 การใช้กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกในประเทศมาเลเซีย

ก่อนที่เครือจักรภพอังกฤษจะเข้าครอบครองแหลมมลายู ดินแดนแถบนี้อยู่ใต้การปกครองของสุลต่าน และอำนาจบังคับของหลักกฎหมายอิสลามและกฎหมายจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น(Malay Customary law–*adat*)[4]ซึ่งยังคงมีผลบังคับใช้ร่วมกันสืบเนื่องกันมา แม้ในระหว่างที่ดินแดนมลายูอยู่ภายใต้การปกครองของอังกฤษ ทั้งนี้โดยศาลที่อังกฤษจัดตั้งขึ้นเหนือปีนังสิงคโปร์ และมะละกา ภายใต้ Charter of Justice 1826และต่อมาขยายไปบังคับทั้งแหลมมลายู ก็ได้เคยพิพากษารับรองไว้ว่ากฎหมายอิสลามซึ่งใช้กับชนชาวมุสลิมมีฐานะเป็นกฎหมายของประเทศ

---

1 Al-Muradi, **A'arf al-Basham fi man wala Dimashq al-Shamm**. (Beirut: Dar Ibn Kathir), 1988, 2; Inalcik,. **Tarikh al-Dualah al-Uthmaniahmin al-Nushuuila al-Inhidar**. (Osmanskocarstvo-Klasic-nadobo 1300 – 1600) Translated by Muhammad al-Arna-ut. (Beirut: Dar al-Madar al-Islami), 2002, 262.

2 Inalcik, op. cit., 262.

3 Inalcik , ibid. , 260, 262.

4 Peter De Cruz, **Comparative Law in A Changing World**, 2 Ed., 1999, pp.123

(law of the land) มิใช่กฎหมายของต่างประเทศแต่อย่างใดดังนั้นศาลย่อมมีหน้าที่รู้และปรับใช้กฎหมายอิสลาม โดยไม่จำเป็นต้องอ้างพยานผู้เชี่ยวชาญกฎหมายอิสลามในศาลอีก ดังปรากฏในคดี Ramah V. Laton[1](ค.ศ. 1927)

ในปี ค.ศ.1885 ได้มีการตรากฎหมายที่เกี่ยวกับกฎหมายอิสลามเป็นครั้งแรก ได้แก่ กฎหมายว่าด้วยการจดทะเบียนการสมรสและการหย่าของมุสลิม (The Registration of Muhammadan Marriages and Divorces Enactment) ซึ่งบังคับใช้ในรัฐเปรัค (Perak)ต่อจากนั้นได้มีการตราพระราชกฤษฎีกาอีกหลายฉบับเพื่อขยายบังคับใช้กฎหมายหมายอิสลามแก่มุสลิมในทุกรัฐในสหพันธรัฐมาเลเซีย

ตามรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐมาเลเซีย กฎหมายอิสลามจะบังคับใช้เฉพาะคู่กรณีที่นับถือศาสนาอิสลามเท่านั้น และบังคับใช้ในเฉพาะเรื่องที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น มาตรา 8(1)แห่งรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐฯบัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีความเสมอกันภายใต้กฎหมายและจะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน” ส่วนมาตรา 8(5)(a) รับรองไว้ว่า หลักความเสมอภาคนี้ไม่กระทบถึงบทบัญญัติเกี่ยวกับกฎหมายที่บังคับตามตัวบุคคล (Personal Law) และมาตรา 74 ก็รับรองให้การตราบทบัญญัติเกี่ยวกับกฎหมายอิสลามเป็นอำนาจของมลรัฐ ซึ่งกำหนดต่อไปใน (ผนวก 9) รับรองขอบเขตของกฎหมายอิสลามและเขตอำนาจของศาลชะรีอะฮฺในการพิจารณาพิพากษาตามกฎหมายอิสลามในคดีที่เกี่ยวกับสถานภาพครอบครัวของผู้ที่นับถือศาสนาอิสลาม อันได้แก่ คดีเกี่ยวกับมรดกที่มีพินัยกรรมและที่ไม่มีพินัยกรรม การหมั้น การสมรส การหย่า สินสอดของหมั้น(มะฮัร) การจ่ายค่าอุปการะเลี้ยงดู บุตรบุญธรรม สถานะความเป็นบุตร อำนาจปกครอง การให้โดยเสน่หา การแบ่งทรัพย์สินและการโอนทรัพย์สินให้จัดการแทน (Trusts) ทรัพย์สินวะกัฟและระเบียบเกี่ยวกับพินัยกรรมการให้โดยเสน่หา และการให้ทางศาสนา การแต่งตั้งบุคคล นิติบุคคลเพื่อดูแลทรัพย์สินที่มีการยกให้ทางศาสนาอิสลาม การบริจาค มูลนิธิ พินัยกรรมยกให้ การให้โดยเสน่หา และองค์กรการกุศล ที่ดำเนินไปตามจารีตประเพณีมลายู ซะกาต ฟิตเราะฮฺ กองคลังอิสลาม การหารายได้บำรุงทางศาสนาและอื่นๆที่มีลักษณะเดียวกัน มัสยิด หรือสถานที่ละหมาดของผู้ที่นับถือศาสนาอิสลามทั่วไป

ในประเทศมาเลเซียมีการจัดตั้งศาลชะรีอะฮฺในทุกมลรัฐ[2]และหลังจากที่ได้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญในปี 1988 มาตรา 121 (1A) โดยจำกัดอำนาจศาลฝ่ายบ้านเมืองว่าไม่มีเขตอำนาจ

---

1 Rama v. Laton, 6 FMSLR (Federal Malay State Law Report), 128

2 ตัวอย่างเช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยการบริหารกิจการศาสนาอิสลาม, รัฐตรังกานู ฉบับที่12/1986, มาตรา 29 (1) พ.ร.ก. ศาลชะรีอะฮฺ, รัฐสาราวัค (ที่ 40/199), มาตรา 5 (1-3), พ.ร.ก การบริหารกฎหมายอิสลาม, รัฐเนกรีเซมบิลัน(ที่ 1/1991), มาตรา 36, พ.ร.ก. การบริหารกฎหมายอิสลาม, รัฐสลังงอร์ (ที่2/1989) , มาตรา 37

พิจารณาคดีที่อยู่ในเขตอำนาจพิจารณาของศาลชะรีอะฮฺ ก็ได้เกิดความเคลื่อนไหวปฏิรูปกฎหมายและกระบวนการยุติธรรมอิสลามครั้งใหญ่ มีการตรากฎหมายว่าด้วยความผิดต่อศาสนาอิสลามฐานต่าง ๆ หลายฐาน ในฐานะเป็นกฎหมายอาญาที่ใช้บังคับกับคนมุสลิม เช่นความผิดทางเพศระหว่างญาติ การให้บริการทางเพศ หรือรักร่วมเพศ การเผยแพร่คำสอนในทางที่ผิด ฯลฯ มีการจัดระเบียบศาลชะรีอะฮฺในมลรัฐต่าง ๆ ให้เป็นเอกภาพขึ้น โดยมีศาล 3 ลำดับชั้น คือศาลชั้นต้นชะรีอะฮฺ (Syariah Subordinate Court)ศาลสูงชะรีอะฮฺ (Syariah High Court) ทำหน้าที่เป็นศาลอุทธรณ์ และศาลชะรีอะฮฺชั้นสูงสุด (Syariah Appeal Court) เป็นศาลฎีกา[1] หลังจากที่ได้มีการปรับปรุงและแก้ไข พ.ร.บ ว่าด้วยการบริหารกฎหมายอิสลามฉบับเก่าได้มีการเปลี่ยนชื่อของศาลชะรีอะฮฺ ในรัฐเนกรีเซมบิลัน [2]รัฐสลังงอร์[3] รัฐซาราวัก [4] และรัฐมะละกา[5] ใช้ชื่อ "ฮากีมชัรอีย์" แทนคำว่า "กอฎี" ศาลชั้นต้นชะรีอะฮฺ แทนคำว่า "ศาลกอฎี" ศาลสูงชะรีอะฮฺ แทนคำว่า “ศาลกอดีบือสัร” และศาลสูงสุดชะรีอะฮฺแทนคำว่า “คณะกรรมการไต่สวน” เป็นต้น

ความเคลื่อนไหวข้างต้นนับว่าเป็นความพยายามกอบกู้ความศรัทธาของประชาชนที่มีต่อกฎหมายอิสลามให้เข้มแข็งขึ้น Ahmad Ibrahim[6] มีทัศนะว่าการที่รัฐธรรมนูญของสหพันธ์มาเลเซียรับรองเขตอำนาจศาลชะรีอะฮฺในคดีอิสลามเป็นนิมิตรหมายที่ดี นับเป็นก้าวแรกของการพัฒนาศาลชะรีอะฮฺในแต่ละรัฐ และยังสามารถขจัดปัญหาความขัดแย้งระหว่างคำพิพากษาของศาลชะรีอะฮฺกับศาลฝ่ายบ้านเมืองอีกด้วย

3.2.2 กฎหมายสารบัญญัติ

กฎหมายครอบครัวและมรดกในรัฐต่างๆของประเทศมาเลเซียจะประกอบไปด้วยหมวดต่างๆ ได้แก่ หมวดว่าด้วยการหมั้น การสมรสและการสิ้นสุดการสมรส มีการบัญญัติถึงการกำหนดจำนวนมะฮัร รูปแบบและกฎเกณฑ์ในการจ่ายมะฮัร การผิดสัญญาหมั้นและการจ่ายค่า

พ.ร.ก. การบริหารศาลชะรีอะฮฺ, รัฐมะละกา (แก้ไข) (ที่9/1991) มาตรา 8, พ.ร.ก. ว่าด้วยศาลชะรีอะฮฺ, รัฐเคดาห์ (เล่ม 1/1983) มาตรา 17 (1)

1 ยกเว้นรัฐกลันตัน จะเห็นได้ว่ามี 4 ศาลทั้งหมด คือ ศาลอุทธรณ์ชะรีอะฮฺ ศาลกอฎีบือสัร ศาลกอฎีเฉพาะและศาลกอฎีของแต่ละรัฐอ้างจาก พรก. ว่าด้วยชะรีอะฮฺ รัฐกลันตัน (ที่3/1982), มาตรา 8 (1)

2 พ.ร.ก. รัฐเนกรี เซมบิลัน(ที่1/1991), มาตรา 100 (1), (2)

3 พ.ร.ก. รัฐสลังงอร์ (ที่2/1989), มาตรา 85(1), (2).

4 พ.ร.ก. รัฐสาราวัค (ที่ 4/1991, มาตรา 25 (1) , (2), (3).

5 พ.ร.ก. รัฐมะละกา (ปรับปรุง) (ที่9/1991), มาตรา 9.

6 Ahmad Ibrahim and AhilemanJoned, **Malaysian Legal System**, (Kuala Lumpur : Dewan Bahasa danPustaka), 1987, 155 – 164.

ทดแทน นอกจากนั้นกฎหมายยังกำหนดค่าใช้จ่ายอื่นๆที่ไม่ได้เป็นบทบัญญัติทางศาสนาอิสลาม ในกรณีเป็นจารีตประเพณีที่ถือปฏิบัติแทรกอยู่ในกฎหมายอิสลามของมาเลเซีย การดำเนินการเพื่อเรียกคืนของหมั้น ในบางรัฐ เช่น รัฐกลันตันและตรังกานู กฎหมายกำหนดให้มีหนังสือสัญญาตะอฺลีกเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาสมรสด้วย สัญญานี้ให้อำนาจแก่หญิงที่จะฟ้องหย่าหากชายผิดสัญญาตะอฺลีกนี้ ได้แก่ การจงใจละทิ้งร้าง และการไม่จ่ายค่าอุปการะเลี้ยงดู หากสอบสวนแล้วพบข้อเท็จจริงตามฟ้อง ผู้พิพากษาจะรับรองการหย่าดังกล่าวและจดทะเบียนหย่าให้

กฎหมายอิสลามแห่งมาเลเซียยังให้ความสำคัญกับผู้ประกอบพิธีสมรส โดยทั่วไปแล้วกฎหมายให้อำนาจนี้แก่ผู้พิพากษาและอิหม่ามเท่านั้น นอกจากบางรัฐที่ให้วาลีประกอบพิธีสมรสได้เมื่อได้รับการยินยอมจากผู้พิพากษาหรืออิหม่ามนอกจากนั้นกฎหมายมาเลเซียยังให้ความสำคัญต่อรูปแบบการหย่าเป็นอย่างยิ่ง ซึ่งมีมาตรการต่างๆที่ค่อนข้างสมบูรณ์ กฎหมายกำหนดขั้นตอนต่างๆ ไว้อย่างชัดเจน เช่น กฎหมายของรัฐสลังงอร์รับรองสิทธิบอกกล่าวหย่าฝ่ายเดียวของสามีตามหลักอิสลาม แต่ก็วางข้อจำกัดให้สามีต้องแจ้งความประสงค์ต่อผู้พิพากษาล่วงหน้าอย่างน้อยเป็นเวลา 7 วันและผู้พิพากษาจะต้องมาร่วมในพิธีหย่าและพิจารณาความถูกต้องสมบูรณ์ของการหย่าหลังจากที่ได้พยายามไกล่เกลี่ยให้คืนดีกันก่อนแล้ว พร้อมจดทะเบียนหย่า ส่วนอำนาจของภรรยาในการคุลอฺ[1] กฎหมายกำหนดให้ภรรยาดำเนินการได้ก็ต่อเมื่อได้รับความยินยอมจากสามีเท่านั้น[2]

กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกของมาเลเซียมีการจัดรูปแบบเฉพาะคือมีการบัญญัติกฎหมายกรณีครอบครัว มรดกและพินัยกรรมอย่างเป็นเอกเทศ ซึ่งเป็นอำนาจของแต่ละรัฐที่จะบัญญัติพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการใช้กฎหมายอิสลามเพื่อบังคับใช้ในรัฐของตน กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือกิจการใดที่เกี่ยวกับศาสนาให้ถือว่าเป็นอำนาจของรัฐสภาประจำรัฐในการบัญญัติเพื่อบังคับใช้กับกิจการดังกล่าว ยกเว้นเขตพื้นที่ซึ่งเป็นเขตสหพันธรัฐให้รัฐสภาแห่งสหพันธรัฐมีอำนาจดังกล่าว

พระราชบัญญัติว่าด้วยกฎหมายครอบครัวอิสลามมาเลเซียที่บังคับใช้ในขณะนี้มีดังต่อไปนี้(Department of Syariah Judiciary Malaysia,2011)

1. ในเขตพื้นที่สหพันธรัฐ[3] ได้แก่ พระราชบัญญัติว่าด้วยกฎหมายครอบครัวอิสลาม (เขตพื้นที่สหพันธรัฐ)(Akta Undang-Undang Keluarga Islam) (Wilayah-Wilayah Persekutuan)

---

[1] คุลอฺ คือการที่ภริยาขอให้สามีหย่านางโดยมีค่าตอบแทน หรือการซื้อหย่า

[2] Hooker, **Undang – Undang Islam di Asia Tengara**, (Kuala Lumpur: Dewan Bahasa danPustaka), 1992, 174 – 177.

[3] เขตพื้นที่สหพันธรัฐ (Federal Territories) ประกอบด้วยกรุงกัวลาลัมเปอร์ ลาบูวัน และปุตราจายา

1984) และพระราชบัญญัติว่าด้วยกฎหมายครอบครัวอิสลาม (เขตพื้นที่สหพันธรัฐ) (แก้ไขเพิ่มเติม) (Akta Undang-Undang Keluarga Islam) (Wilayah-Wilayah Persekutuan) (Pindaan) 2006)

2. รัฐยะโฮร์ ได้แก่พระราชบัญญัติว่าด้วยกฎหมายครอบครัวอิสลาม (รัฐยะโฮร์) (Enakmen Undang-Undang Keluarga Islam (Negeri Johor) 2003)

3. รัฐเคดาห์ได้แก่พระราชบัญญัติกฎหมายครอบครัวอิสลาม (รัฐเคดาห์ ดารุลอามาน) (Enakmen Undang-Undang Keluarga Islam (Kedah DarulAman) 2008)

4. รัฐกลันตัน ได้แก่พระราชบัญญัติกฎหมายครอบครัวอิสลาม 2002 (Enakmen Undang-Undang Keluarga Islam (Negeri Kelantan) 2002)

5. รัฐมะละกา ได้แก่ พระราชบัญญัติกฎหมายครอบครัวอิสลาม (รัฐมะละกา) 2002 (Enakmen Undang-Undang Keluarga Islam (Negeri Melaka) 2002)

6. รัฐเนกรี เซมบิลัน ได้แก่ พระราชบัญญัติว่าด้วยกฎหมายครอบครัวอิสลาม (รัฐเนกรี เซมบิลัน) 2003 (Enakmen Undang-Undang Keluarga Islam (Negeri Sembilan) 2003)

7. รัฐปาหัง ได้แก่พระราชบัญญัติว่าด้วยกฎหมายครอบครัวอิสลาม (รัฐปาหัง) 2005 (Enakment Undang-Undang Keluarga Islam (Negeri Pahang) 2005

8. รัฐปีนัง ได้แก่ พระราชบัญญัติว่าด้วยกฎหมายครอบครัวอิสลาม (รัฐปีนัง) (Enakmen Undang-Undang Keluarga Islam (NegeriPulau Pinang) 2004)

9. รัฐเปรัก ได้แก่ พระราชบัญญัติว่าด้วยกฎหมายครอบครัวอิสลาม (รัฐเปรัก) 2004 (Enakmen Undang-Undang Keluarga Islam (Perak) 2004)

10. รัฐเปอร์ลิส ได้แก่ พระราชบัญญัติว่าด้วยการบริหารกฎหมายครอบครัวอิสลาม (รัฐเปอร์ลิส) 1991 (Enakmen Pentadbiran Undang-Undang Keluarga Islam (Negeri Perlis) 1991)

11. รัฐซาบาห์ ได้แก่ พระราชบัญญัติว่าด้วยกฎหมายครอบครัวอิสลาม (รัฐซาบาห์) 2004 (Enakmen Undang-Undang Keluarga Islam (Negeri Sabah) 2004)

12. รัฐซาราวัก ได้แก่ พระราชบัญญัติว่าด้วยกฎหมายครอบครัวอิสลาม (รัฐซาราวัก) 2001 (Ordinan Undang-Undang Keluarga Islam (Negeri Sarawak) 2001)

13. รัฐสลังงอร์ ได้แก่ พระราชบัญญัติว่าด้วยกฎหมายครอบครัวอิสลาม (รัฐสลังงอร์) 2003 (Enakmen Undang-Undang Keluarga Islam (Negeri Selangor) 2003)

14. รัฐตรังกานูได้แก่ พระราชบัญญัติว่าด้วยกฎหมายบริหารครอบครัวอิสลาม (รัฐตรังกานู) 1985 (Enakmen Undang-Undang Pentadbiran Keluarga Islam (NegeriTrangganu) 1985)

กฎหมายของรัฐต่างๆ เหล่านี้ส่วนใหญ่มีความคล้ายคลึงกัน ทั้งในด้านรูปแบบและเนื้อหา ในด้านรูปแบบกฎหมายเหล่านี้มีชื่อเรียกเหมือนกันว่า “กฎหมายครอบครัวอิสลาม” (Undang–Undang Keluarga Islam) มีเพียงสองรัฐเท่านั้นที่มีชื่อเรียกแตกต่างจากรัฐอื่น คือรัฐเปอร์

ลิสและรัฐตรังกานูซึ่งเรียกว่า "พระราชบัญญัติการบริหารกฎหมายครอบครัวอิสลาม" (Pentadbiran Undang–Undang Keluarga Islam)

เนื้อหาสาระของกฎหมายอิสลามว่าด้วยมรดกในมาเลเซีย เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งศาสนาอิสลาม ดังที่ปรากฏในพระราชบัญญัติว่าด้วยมรดกเล็ก (Pusakakecil- Pembahagian) 1955 (Akta 88) ซึ่งเป็นกฎหมายแพ่งของประเทศมาเลเซีย ตั้งแต่กรณีวิธีการยื่นคำร้องขอแบ่งมรดก การดำเนินการ การกำหนดทายาท ส่วนแบ่งมรดก และสิ่งที่เกี่ยวข้องทั้งหมด พระราชบัญญัติ Pusakakecil (Pembahagian) 1955 (Akta 88) มาตรา 12 (7) บัญญัติว่า ผู้รวบรวมทรัพย์มรดกนั้นจะต้องกำหนดกฎหมายที่ใช้สำหรับทายาทของผู้ตาย และจะต้องตัดสินว่าทายาทใดบ้างที่มีสิทธิรับและไม่มีสิทธิ ส่วนแบ่ง และอื่นๆ ในการแบ่งมรดกดังกล่าวที่เกี่ยวข้องกับบทบัญญัติแห่งศาสนาอิสลาม เช่น ผู้มีสิทธิรับมรดก ส่วนแบ่ง สถานะของบุตร การรับรองความถูกต้องพินัยกรรม การให้โดยเสน่หา และอื่นๆที่เกี่ยวข้อง ให้เจ้าหน้าที่พิจารณามรดกมอบหมายให้องค์กรศาสนาอิสลามในแต่ละรัฐพิจารณา ดังที่มาตรา 19 (1) (a) บัญญัติว่า"ในกรณีปัญหาใดเกี่ยวข้องกับกฎหมายอิสลามหรือจารีตประเพณีมลายู หรือกฎหมายภูมิบุตร หรือจารีตประเพณีของรัฐซาบาห์ หรือรัฐซาราวักการพิจารณาตัดสินจะต้องมอบให้องค์กรที่มีอำนาจในรัฐนั้น หรือบุคคลอื่นๆ หรือองค์กรใดๆที่ได้รับมอบอำนาจจากสุลต่าน"

ขั้นตอนการจัดการมรดกนั้น ศาลชะรีอะฮฺไม่มีอำนาจในการสำรวจและการจัดการทรัพย์มรดก เนื่องจากกรณีดังกล่าวอยู่ในขอบเขตอำนาจของศาลแพ่งตามพระราชบัญญัติ ส่วนศาลชะรีอะฮฺมีอำนาจเพียงการกำหนดทายาทผู้มีสิทธิรับมรดกและส่วนแบ่งเท่านั้น ซึ่งเป็นเอกสารที่เรียกว่า "บัญชีมรดก" ในขณะที่หน่วยงานซึ่งมีอำนาจจัดการทรัพย์มรดกในมาเลเซียมีดังต่อไปนี้

1.องค์กรอะมานะฮฺรายอ (Amanah Raya Berhad) ซึ่งตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติฉบับที่ 532 (Akta 532) มีอำนาจจัดการทรัพย์มรดกประเภทสังหาริมทรัพย์ ที่มีมูลค่ารวมกันไม่เกิน 600,000 ริงกิตมาเลเซีย

2.หน่วยแบ่งทรัพย์มรดก/กรมที่ดิน (มรดกจำนวนเล็กน้อย) (Seksyen Pembahagian Pusaka / Pejabat Tanah (Pusaka Kecil)) ของรัฐและเขตต่างๆ มีอำนาจจัดการทรัพย์มรดกประเภทอสังหาริมทรัพย์เท่านั้น หรืออสังหาริมทรัพย์พร้อมกับเงินสด จำนวนไม่เกิน 600,000 ริงกิตมาเลเซีย และทรัพย์มรดกที่ไม่มีการทำพินัยกรรมตามพระราชบัญญัติพินัยกรรม 1959 (Akta Wasiat 1959)

3.ศาลสูง (มรดกจำนวนมาก) มีอำนาจจัดการทรัพย์มรดกประเภทอสังหาริมทรัพย์เท่านั้น หรืออสังหาริมทรัพย์พร้อมกับเงินสดจำนวนเกิน 600,000 ริงกิตมาเลเซีย หรือกรณีทำพินัยกรรมแก่ศาสนิกอื่นแม้ว่าเป็นเงินสดจำนวน ไม่เกิน 600,000 ริงกิตมาเลเซีย ตามพระราชบัญญัติพินัยกรรม 1959 หรือพิจารณาการอุทธรณ์ตามพระราชบัญญัติทรัพย์มรดก (การแบ่งมรดก

จำนวนเล็กน้อย) 1959 มาตรา 29 ตามความในพระราชบัญญัติการรวบรวมและการจัดการทรัพย์มรดก 1959

4.ศาลชะรีอะฮฺ มีอำนาจกำหนดผู้รับมรดกและส่วนแบ่ง และมีอำนาจออกหนังสือรับรองการแบ่งมรดกที่เรียกว่า "บัญชีมรดก" ซึ่งเป็นอำนาจตามความในพระราชบัญญัติการบริหารกฎหมายอิสลามในแต่ละรัฐและสหพันธรัฐ นอกจากนั้นศาลชะรีอะฮฺยังมีอำนาจเกี่ยวกับกรณีอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับมรดก เช่น พินัยกรรม การให้โดยเสน่หา ทรัพย์ซึ่งเป็นศาสนประโยชน์ การรับรองบุตร การสมรส สินสมรส และอื่นๆ

กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับมรดกจึงประกอบด้วยกฎหมายต่างๆ เช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยที่ดิน(พื้นที่นิคม) 1960 (Akta Tanah (Kawasan Penempatan Berkelompok 1960) กฎหมายที่ดินแห่งชาติ 1965 (Kanun Tanah Negera, 1965) พระราชบัญญัติว่าด้วยลิขสิทธิ์ (Akta Hakmilik Strata) กฎหมายทรัพย์สงวนสำหรับชนชาติมลายูของรัฐต่างๆ (Enakmen Rizab Melayu Negeri-Negeri) พระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนที่ดิน 1960 (Akta Pengambillan Tanah, 1960) และกฎหมายที่เกี่ยวข้องอื่นๆ

3.2.3 กฎหมายวิธีสบัญญัติ

ในทุกมลรัฐมีพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่งศาลชะรีอะฮฺ (Akta Tata Cara Mal Mahkamah Syariah) มีจำนวนมาตราและเนื้อหาที่ใกล้เคียงกัน เช่น พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่งศาลชะรีอะฮฺ รัฐเคดาห์ (Akta Tata Cara Mal Mahkamah Syariah) ค.ศ. 1979พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่งศาลชะรีอะฮฺ รัฐกลันตัน (Akta Tata Cara Mal Mahkamah Syariah) ค.ศ. 2002 พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่งศาลชะรีอะฮฺ รัฐมะละกา (Akta Tata Cara Mal Mahkamah Syariah) ค.ศ. 2002 พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่งศาลชะรีอะฮฺ รัฐเนกรี เซมบิลัน (Akta Tata Cara Mal Mahkamah Syariah) ค.ศ. 2003 พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่งศาลชะรีอะฮฺ รัฐยะโฮร์ (Akta Tata Cara Mal Mahkamah Syariah) ค.ศ. 2003 และอื่น ๆ (Jabatan Kehakiman Syariah Malaysia, JKSM, 2006) และในระดับสหพันธ์ก็มีพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่งศาลชะรีอะฮฺ สหพันธรัฐ (Akta Tata Cara Mal Mahkamah Syariah) ค.ศ. 1998

เนื้อหาโดยทั่วไปของกฎหมายประกอบด้วยส่วนต่างๆ ที่สำคัญ เช่นคู่ความ คำฟ้อง คำให้การ วิธีพิจารณาของศาลชะรีอะฮฺ ทนายความชะรีอะฮฺ การปิดประกาศหรือส่งหมายศาล การร้องสอดการโอนการพิจารณาคดี การสิ้นสุดของดำเนินคดี การบังคับคดี พยานหลักฐาน การทำคำพิพากษาและคำสั่ง การอุทธรณ์ การบังคับคดี และอื่น ๆ เป็นต้น

3.2.4 องค์กรบริหารและพัฒนาการใช้กฎหมายอิสลาม

การใช้กฎหมายอิสลามในประเทศมาเลเซียเป็นกิจการที่ถูกจัดให้เป็นอำนาจของแต่ละรัฐ ดังนั้น สภานิติบัญญัติของแต่ละรัฐต้องออกประกาศใช้กฎหมายว่าด้วยการบริหารกฎหมายอิสลาม เช่น รัฐกลันตันได้ประกาศใช้กฎหมายว่าด้วยครอบครัว ในปี ค.ศ. 1983 รัฐเคดาห์ได้ประกาศใช้กฎหมายว่าด้วยครอบครัว ในปี ค.ศ.1984

ก่อนปี ค.ศ. 1986 โครงสร้างการบริหารกฎหมายอิสลามในประเทศมาเลเซียมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

- สุลต่านของแต่ละรัฐ[1] เป็นประมุขกิจการศาสนาอิสลามและกิจการที่เกี่ยวข้องกับจารีตประเพณี
- สุลต่านจะใช้อำนาจในฐานะประมุขที่เกี่ยวกับกิจการศาสนาอิสลามตามคำแนะนำสภาศาสนาอิสลาม (Council of Islamic Religion)
- สำนักงานกิจการศาสนามีหน้าที่รับผิดชอบเกี่ยวกับศาลชะรีอะฮฺ วิชาชีพทางด้านกฎหมายอิสลาม (ทนายความมุสลิม) และการบังคับใช้กฎหมายอิสลามโดยทั่วไป

อย่างไรก็ตาม ในปี ค.ศ. 1981 รัฐบาลได้แต่งตั้งคณะกรรมการชุดหนึ่งเพื่อทำการศึกษาสถานะของศาลชะรีอะฮฺ หลังจากที่ได้ศึกษาแล้วคณะกรรมการชุดนี้ได้ทำข้อสรุปเสนอให้ปรับปรุงโครงสร้างของศาลชะรีอะฮฺเสียใหม่ ตลอดจนแก้ไขอำนาจหน้าที่ของศาลชะรีอะฮฺเพื่อสนองตอบความต้องการสาธารณะอย่างแท้จริง[2]

จากข้อเสนอข้างต้นรัฐต่าง ๆ จึงมีการปรับปรุงโครงสร้างของศาลชะรีอะฮฺใหม่ โดยจัดให้ศาลประกอบด้วยสามชั้น ได้แก่ ศาลชะรีอะฮฺชั้นต้น ศาลชะรีอะฮฺชั้นสูง และศาลชะรีอะฮฺชั้นอุทธรณ์ นอกจากนั้นกฎหมายใหม่ยังปรับโครงสร้างใหม่ของศาลชะรีอะฮฺโดยแยกออกจากสำนักงานกิจการศาสนา เพื่อให้ศาลปลอดจากแทรกแซงจากอำนาจในการบริหารและการจัดการ[3]

รัฐสลังงอร์เป็นรัฐแรกที่ประกาศใช้กฎหมายว่าด้วยการบริหารกฎหมายอิสลาม 1989 ซึ่งได้แยกอำนาจระหว่างของศาลชะรีอะฮฺ กรมกิจการศาสนา และมุฟตีย์ (มาตรา 12)

อำนาจของศาลชะรีอะฮฺถูกจำกัดในขอบเขตแห่งกฎหมายอิสลามตามตาราง 9 แห่งรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐ ดังนั้นศาลชะรีอะฮฺในมาเลเซียมีอำนาจจำกัด ประเด็นสำคัญอีกประการ

---

[1] สำหรับรัฐที่ไม่มีสุลต่าน เช่น รัฐปีนัง รัฐมะละกา รัฐซาบาห์ รัฐซาราวัก ตลอดจนสหพันธรัฐ ได้แก่ กรุงกัวลาลัมเปอร์ ปุตราจายา และลาบูวัน

[2] Ramizah Wan Muhammad, 2006 : 199

[3] Ghazali Haji Abdul Rahman, 1993 : 163

หนึ่งที่ควรกล่าวถึงคือมัซฮับหรือสำนักความคิดทางกฎหมายอิสลามที่มุสลิมส่วนใหญ่ของมาเลเซียยึดถือคือมัซฮับชาฟีอีย์ อย่างไรก็ตามมัซฮับอื่นๆ ที่เป็นสุนหนี่ก็เป็นที่ยอมรับเช่นเดียวกัน

ใน ปี ค.ศ. 1996 ได้มีข้อเสนอแนะต่อรัฐบาลแห่งสหพันธรัฐให้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญมาตรา 3 โดยการเพิ่มข้อความระบุให้มัซฮับที่เป็นสุนนีย์เป็นมัซฮับทางการที่ประชาชนชาวมุสลิมประเทศมาเลเซียสามารถยึดถือได้ นอกจากนั้นกฎหมายอิสลามจะถูกจำกัดในเรื่องของสถานะทางครอบครัวเท่านั้น ดังนั้นอำนาจของศาลชะรีอะฮฺจึงมีอย่างจำกัดเท่าที่กฎหมายให้อำนาจไว้ อย่างไรก็ตามองค์กรที่เกี่ยวข้องกับการบังคับใช้กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกประกอบด้วยหลายองค์กรที่สำคัญได้แก่สภาศาสนาอิสลาม (Majlis Agama Islam) มุฟตีย์ (Mufti) ศาลชะรีอะฮฺ(Mahkamah Syariah) องค์กรอัยการ(Pendakwa Syarie) และองค์กรทนายความ (PeguamSyarie) ดังต่อไปนี้

(1)สภาศาสนาอิสลาม

พระราชบัญญัติว่าด้วยกฎหมายครอบครัวอิสลามสำหรับเขตพื้นที่แห่งสหพันธรัฐได้บัญญัติว่าให้มีการจัดตั้งสภาศาสนาอิสลามเพื่อให้คำปรึกษาแก่สุลต่านหรือราชาธิบดี[1] (มาตรา 4(1)) สภาศาสนาอิสลามถือว่าเป็นนิติบุคคลที่อาจเป็นผู้กระทำผิดหรือผู้เสียหายในคดีตลอดจนมีอำนาจทำนิติกรรมต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินในนามของตนเอง (มาตรา 4(2)(3)) นอกจากนั้นสภาศาสนาอิสลามยังมีอำนาจจัดการทรัพย์สินพินัยกรรม ตลอดจนมีอำนาจบริหารทรัพย์มรดกของผู้ตาย (มาตรา 4(4)) หรือเป็นองค์กรที่ได้รับความไว้วางใจของผู้ให้ความไว้วางใจ (มาตรา 4(5))

กฎหมายบัญญัติให้สภาศาสนาอิสลามมีหน้าที่ให้ความช่วยเหลือและให้คำแนะนำราชาธิบดีในกิจการที่เกี่ยวข้องกับศาสนาอิสลามในเขตพื้นที่สหพันธรัฐ ยกเว้นที่เกี่ยวข้องกับการใช้กฎหมายอิสลามและการบริหารความยุติธรรม (มาตรา 31) และในกิจการที่ว่านี้ให้สภาศาสนามีอำนาจรองลงมาจากราชาธิบดี ยกเว้นจะมีกฎหมายบัญญัติเป็นอย่างอื่น (มาตรา 31)

ดังนั้น สภาศาสนาอิสลามในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการใช้กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกมีอยู่สองประเด็น ได้แก่อำนาจจัดการทรัพย์สินพินัยกรรมและอำนาจการบริหารทรัพย์มรดกของผู้ตายส่วนประเด็นที่สองได้แก่มุฟตีย์ซึ่งมีอำนาจวินิจฉัยในปัญหาที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายอิสลามนั้นเป็นสมาชิกคนหนึ่งของสภาศาสนาอิสลาม

---

[1] กฎหมายว่าด้วยการบริหารกฎหมายอิสลามกำหนดให้สุลต่านของแต่ละรัฐเป็นประมุขแห่งกิจการอิสลาม ยกเว้นพื้นที่ที่เป็นสหพันธรัฐและรัฐอื่นๆ ที่ไม่มีสุลต่านให้ถือว่าราชาธิบดีเป็นประมุขในกิจการดังกล่าว

(2)มุฟตีย์

กฎหมายกำหนดให้ราชาธิบดีมีอำนาจแต่งตั้งบุคคลที่เหมาะสมเป็นมุฟตีย์และรองมุฟตีย์ตามคำแนะนำของรัฐมนตรีประจำสำนักนายกรัฐมนตรีหลังจากที่ได้ปรึกษาหารือกับสภาศาสนาอิสลาม (มาตรา 32(1)) ส่วนอำนาจของมุฟตีย์ กฎหมายกำหนดให้มุฟตีย์มีหน้าที่ให้ความช่วยเหลือและให้คำแนะนำราชาธิบดีในกิจการที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายอิสลาม ซึ่งในกิจการดังกล่าวของเขตพื้นที่สหพันธรัฐให้มุฟตีย์มีอำนาจสูงสุดรองลงมาจากราชาธิบดี ยกเว้นมีกฎหมายบัญญัติเป็นอย่างอื่น (มาตรา 33)

เมื่อมีคำสั่งของราชาธิบดี หรือเมื่อมุฟตีย์เห็นเป็นการสมควร หรือเมื่อมีคำร้องของบุคคลใดๆเป็นลายลักษณ์อักษร มุฟตีย์อาจทำการฟัตวาและประกาศคำฟัตวาดังกล่าวในราชกิจจานุเบกษา หรือให้ทัศนะในข้อขัดแย้งที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายอิสลาม คำวินิจฉัยหรือทัศนะใดๆของมุฟตีย์ในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายอิสลาม ถ้ายังมิได้ประกาศใช้ในราชกิจจานุเบกษาก็ไม่อาจถือว่าเป็นคำฟัตวา และเมื่อใดที่ได้ประกาศคำฟัตวาของมุฟตีย์ลงในราชกิจจานุเบกษาแล้ว ก็จะมีผลผูกพันมุสลิมที่อาศัยอยู่ในเขตพื้นที่สหพันธรัฐทั้งหมด จึงเป็นหน้าที่ของประชาชนมุสลิมทุกคนที่จะต้องปฏิบัติตามคำฟัตวาดังกล่าว ยกเว้นได้รับการยกเว้นตามกฎหมายอิสลามไม่ต้องปฏิบัติตามคำฟัตวาดังกล่าวเพราะหลักปฏิบัติ ความเชื่อ หรือทัศนะของบุคคลดังกล่าว นอกจากนั้นกฎหมายยังกำหนดอีกว่าคำฟัตวาจะต้องเป็นที่ยอมรับของทุกศาลในเขตพื้นที่สหพันธรัฐในทุกประเด็นที่ถูกกล่าวในคำฟัตวา (มาตรา 34)

คำฟัตวาจะต้องตีพิมพ์ในภาษาประจำชาติ (ภาษามาเลย์) โดยใช้ตัวอักษรรูมีหรือโรมาไนส และอาจตีพิมพ์โดยใช้ตัวอักษรยาวีเพิ่มก็ได้ (มาตรา 35 (2)) มุฟตีย์อาจแก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกคำฟัตวาที่ตนเองหรือมุฟตีย์คนก่อนๆ ได้ทำก่อนหน้านี้ การแก้ไข การเปลี่ยนแปลง หรือการยกเลิกคำฟัตวาให้ถือว่าคำฟัตวาใหม่ซึ่งต้องอยู่ภายใต้บทบัญญัติของมาตรา 34(3)(4) และมาตรา 35(2)(มาตรา 36)

(3)คณะกรรมการที่ปรึกษากฎหมายอิสลาม

กฎหมายกำหนดให้คณะกรรมการชุดหนึ่ง เรียกว่า “คณะกรรมการที่ปรึกษากฎหมายอิสลาม” ซึ่งประกอบด้วยบุคคลดังต่อไปนี้

(1) มุฟตีย์ ในฐานะเป็นประธาน

(2) รองมุฟตีย์

(3) คณะกรรมการสองคนซึ่งคัดเลือกจากสมาชิกแห่งสภาศาสนาอิสลาม

(4) บุคคลที่ได้รับการแต่งตั้งจากสภาศาสนาอิสลามจำนวนสองคน

(5) เจ้าหน้าที่สำนักงานศาสนาอิสลามแห่งเขตพื้นที่สหพันธรัฐซึ่งได้รับการแต่งตั้งจากสภาศาสนาอิสลาม ซึ่งจะเป็นเลขานุการของคณะกรรมการ

บุคคลซึ่งได้รับแต่งตั้งเป็นสมาชิกของคณะกรรมการกฎหมาย (Legal Committee) ซึ่งจัดตั้งภายใต้มาตรา 40 ของพระราชบัญญัติฉบับนี้จะได้รับการเสนอชื่อหรือรับการแต่งตั้งเป็นสมาชิกคณะกรรมการที่ปรึกษากฎหมายอิสลามและจะเป็นสมาชิกต่อเนื่องจนกว่าจะหมดวาระ(มาตรา 37 (3))

จากบุคคลที่ถูกกล่าวในอนุมาตรา (3) บุคคลสองคนซึ่งเป็นสมาชิกของสภาศาสนาอิสลามจะได้รับการเสนอชื่อภายใต้วรรค (2)(c) ส่วนที่เหลือจะได้รับการแต่งตั้งภายใต้วรรค (d) ของมาตราดังกล่าว(มาตรา 37 (4)) เมื่อใดที่มุฟตีย์เสนอให้มีการฟัตวาภายใต้มารตรา 34 จะต้องมีการเรียกคณะกรรมการฟัตวาเพื่อพิจารณาประเด็นที่ร้องขอให้มีการฟัตวา (มาตรา 37 (5)) ก่อนที่มุฟตีย์จะทำการฟัตวา อาจมีการศึกษาหรือทำการวิจัยตามที่เห็นสมควร และเตรียมเอกสารที่เกี่ยวข้องให้ครบ (มาตรา 37 (6))

การออกคำฟัตวาหรือการให้ความเห็นตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายมุฟตีย์จะต้องยึดทัศนะซึ่งเป็นที่ยอมรับในมัซฮับชาฟีอีย์ แต่ถ้ามุฟตีย์เห็นว่าความเห็นดังกล่าวอาจนำไปสู่สถานการณ์ที่เป็นปฏิปักษ์ต่อผลประโยชน์แห่งสาธารณะ กรณีนี้มุฟตีย์อาจยึดทัศนะของมัซฮับอื่นๆ ได้แก่ มัซฮับหะนะฟีย์ มัซฮับมาลิกีย์ หรือมัซฮับหันบะลีย์ ในกรณีมุฟตีย์เห็นว่าถ้ายึดทัศนะใดทัศนะหนึ่งของมัซฮับทั้งสี่ที่กล่าวมา อาจนำไปสู่สถานการณ์ที่เป็นปฏิปักษ์ต่อผลประโยชน์สาธารณะได้ กรณีนี้มุฟตีย์อาจให้ทัศนะของตนเองโดยไม่ยึดติดกับทัศนะของมัซฮับทั้งสี่ก็ได้ (มาตรา 39)

(4) ศาลชะรีอะฮฺ

ในทุกรัฐของประเทศมาเลเซียจะมีการจัดตั้งศาลชะรีอะฮฺเป็นของตัวเอง[1] ซึ่งจะประกอบด้วยด้วยศาลชะรีอะฮฺชั้นต้น (Subordinate Court) ศาลชะรีอะฮฺชั้นอุทธรณ์ (High Court) และศาลชะรีอะฮฺชั้นสูงสุด (Appeal Court)

ศาลชะรีอะฮฺในประเทศมาเลเซียมีอำนาจพิจารณาคดีแพ่งและคดีอาญา ซึ่งโจทก์และจำเลยเป็นมุสลิม ในคดีแพ่งศาลชะรีอะฮฺมีอำนาจพิจารณาและพิพากษาข้อพิพาทต่างๆ ที่เกี่ยวกับครอบครัว เช่น ความผิดที่เกี่ยวกับการสมรส การหย่าร้าง วักฟฺนะซัร ฮิบะฮ และการทำ

---

[1] ตัวอย่างเช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยการบริหารกิจการศาสนาอิสลาม รัฐตรังกานู ฉบับที่ 12/1986, มาตรา 29 (1) พระราชบัญญัติศาลชะรีอะฮฺ รัฐซาราวัก (ที่ 40/199), มาตรา 5 (1-3), พระราชบัญญัติว่าด้วยการบริหารกฎหมายอิสลาม รัฐเนกรีเซมบิลัน (ที่ 1/1991), มาตรา 36 พระราชบัญญัติว่าด้วยการบริหารกฎหมายอิสลาม รัฐสลังงอร์ (ที่2/1989) มาตรา 37 พระราชบัญญัติว่าด้วยการบริหารศาลชะรีอะฮฺ รัฐมะละกา (ฉบับแก้ไข) (ที่ 9/1991) มาตรา 8 พระราชบัญญัติว่าด้วยศาลชะรีอะฮฺ รัฐเคดาห์ (เล่ม 1/1983) มาตรา 17 (1)

พินัยกรรม เป็นต้น ส่วนคดีอาญา ศาลชะรีอะฮฺมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคำฟ้องที่เกี่ยวกับความผิดอาญาต่อศาสนา เช่น การที่ชายหญิงทีสามารถสมรสได้อยู่สองต่อสองในที่ลับตาคนเป็นต้น

การอุทธรณ์คำพิพากษาของศาลชะรีอะฮฺชั้นต้นนั้นสามารถอุทธรณ์ไปยังศาลชะรีอะฮฺชั้นอุทธรณ์ ทั้งในคดีแพ่งและคดีอาญา ศาลชะรีอะฮฺชั้นอุทธรณ์มีอำนาจสั่งยกอุทธรณ์ เพิ่มหรือแก้ไขบทลงโทษหรือสั่งให้มีการพิจารณาคดีใหม่หรือมีอำนาจเพิกถอนคำพิพากษาของศาลที่พิจารณาพิพากษาคดีดังกล่าวในชั้นต้น

ตำแหน่งสำคัญในการบริหารงานธุรการในศาลชะรีอะฮฺคือนายทะเบียนศาลชะรีอะฮฺซึ่งมีหน้าที่บริหารงานธุรการในศาลชะรีอะฮฺทั้งหมด

สุลต่านเป็นผู้แต่งตั้งผู้พิพากษา (สำหรับรัฐที่มีสุลต่าน) หรือพระราชาธิบดี (สำหรับรัฐที่ไม่มีสุลต่าน) ในการแต่งตั้งผู้พิพากษาแต่ละครั้งจะประกาศราชกิจจานุเบกษา สำหรับรัฐเนกรี เซมบิลันรัฐซาราวัก รัฐสลังงอร์ และรัฐมะละกา[1] สุลต่านสามารถตั้งผู้พิพากษาอุทธรณ์ชะรีอะฮฺ ผู้พิพากษาศาลชั้นต้นชะรีอะฮฺ และผู้พิพากษาศาลชั้นสูงชะรีอะฮฺ โดยอาศัยคำปรึกษาคณะที่ปรึกษาของสุลต่านแล้วประกาศในหนังสือราชกิจจานุเบกษา

สำหรับรัฐซาราวัก รัฐเนกรี เซมบิลันและรัฐสลังงอร์[2] สุลต่านจะเป็นผู้แต่งตั้งผู้พิพากษาเพื่อดำรงตำแหน่งดังกล่าวจนครบอายุ 65 ปี ถึงกระนั้นก็ดีผู้พิพากษาสามารถถอนตัวจากการดำรงตำแหน่งผู้พิพากษา

ผู้พิพากษาในศาลชะรีอะฮฺประเทศมาเลเซียเรียกว่ากอฎี อย่างไรก็ตาม หลังจากที่ได้มีการจัดระบบศาลชะรีอะฮฺใหม่ ก็ได้มีการเปลี่ยนจาก “กอฎี” เป็น “ฮากิมชัรอีย์”[3] ตำแหน่งดังกล่าวจะได้รับการแต่งตั้งจากสุลต่านแห่งรัฐ สำหรับรัฐที่ไม่มีสุลต่าน เช่น ปีนัง มะละกา ซาบาห์ ซาราวัค และรัฐที่เป็นสหพันธรัฐ ได้แก่ กัวลาลัมเปอร์ ปุตราจายา และลาบูวัน ตำแหน่งดังกล่าวจะได้รับการแต่งตั้งจากราชาธิบดี[4] ด้วยเหตุนี้ “ฮากิมชัรอีย์” จึงไม่เป็นข้าราชการแห่งสหพันธรัฐแต่เป็นข้าราชการประจำรัฐเท่านั้น

---

[1] พ.ร.ก. รัฐเนกรี เซมบิลัน(ที่ 1/1991) มาตรา 37 (1-2) และมาตรา 39(1), พ.ร.บ. รัฐสาราวัค) (ที่ 4/1991), มาตรา 6(1) และมาตรา 8 (1) พ.ร.บ. รัฐสลันงอร์ (ที่ 2/1989) มาตรา 38 (1) และมาตรา 40 (1), พ.ร.บ. รัฐมะละกา (แก้ไข) (ที่ 9/1991), มาตรา 4, ในรัฐตรังกานู ตำแหน่งที่รัฐบาลกำหนดไว้คือ ประธานศาลอุทธรณ์ชะรีอะฮฺ, กอฎีบือสัร และตำแหน่งกอฎี สำหรับเขตที่ได้กำหนดไว้ พ.ร.บ. รัฐตรังกานู (ฉบับที่ 12/1986) มาตรา 28 (1)

[2] พ.ร.ก. รัฐสาราวัค (ที่ 4/1991) ,มาตรา 7 (1), พ.ร.บ. รัฐเนกรี เซมบิลัน (ที่ 1/1991). มาตรา 38 (1), พ.ร.บ. รัฐสลังงอร์ (ที่ 2/1989), มาตรา 39 (1)

[3] Section 2(1) of Selangor Administration of Religion of Islam 2003.

[4] มาเลเซียถือว่าราชาธิบดีเป็นประมุขแห่งกิจการในศาสนาอิสลามสำหรับรัฐที่ไม่มีสุลต่านทั้งหมด

สำหรับคุณสมบัติของผู้พิพากษาประจำศาลชะรีอะฮฺ จะถูกกำหนดในพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามของแต่ละรัฐ คุณสมบัติด้านความรู้ของผู้พิพากษาศาลชะรีอะฮฺคือมีความรู้ในกฎหมายอิสลาม[1] อย่างไรก็ตาม กฎหมายมิได้อธิบายถึงขอบเขตของประโยค "มีความรู้ในกฎหมายอิสลาม" ว่ามีขอบเขตเพียงใด นอกจากนั้น ผู้พิพากษาศาลชะรีอะฮฺต้องมีสัญชาติมาเลเซีย โดยไม่ได้ระบุว่าต้องได้รับสัญชาติโดยการเกิด ดังนั้นจึงเป็นที่เข้าใจว่าบุคคลที่แปลงสัญชาติก็มีสิทธิเป็นผู้พิพากษาในศาลชะรีอะฮฺได้ หากมีคุณสมบัติข้ออื่นๆของการเป็นผู้พิพากษาศาลชะรีอะฮฺ คุณสมบัติอีกประการหนึ่งของผู้พิพากษาหัวหน้าศาลชะรีอะฮฺคือต้องมีประสบการณ์เป็นนายทะเบียน หรืออัยการในศาลชะรีอะฮฺไม่น้อยกว่า 10 ปี

(5)ทนายความชัรอีย์

ทนายความหรือภาษามาเลย์เรียกว่าปือฆูวัมชัรอีย์ (Peguam Syarie) ถือว่าเป็นองค์กรใหม่ในมาเลเซีย ปือฆูวัม ชัรอีย์หมายถึงบุคคลที่ได้รับใบอนุญาตให้ว่าความในคดีที่อยู่ในอำนาจของศาลชะรีอะฮฺตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการประกอบวิชาชีพทางกฎหมาย ค.ศ. 1976 (Legal Profession Act 1976) ระเบียบว่าด้วยปือฆูวัมชัรอีย์ แห่งสหพันธรัฐ ค.ศ.1993 ได้กำหนดคุณสมบัติของปือฆูวัมชัรอีย์ว่า จะต้องได้รับประกาศนียบัตรของปือฆูวัมชัรอีย์ซึ่งจัดโดยสภาศาสนาอิสลาม (Council of Islamic Religion) ประจำรัฐที่ตนมีภูมิลำเนาและต้องเป็นมุสลิม (ระเบียบข้อที่ 10)[2]ซึ่งรัฐยะโฮร์ รัฐเคดาห์ และรัฐปาหังได้กำหนดคุณสมบัติในทำนองเดียวกัน

ส่วนรัฐเปรัก รัฐกลันตัน รัฐเปอร์ลิส รัฐตรังกานู รัฐปีนัง รัฐซาราวัก และรัฐสลังงอร์ได้กำหนดเงื่อนไขที่แตกต่างกันคือผู้ที่จะยื่นใบคำร้องขอเป็นปือฆูวัมชัรอีย์ไม่จำเป็นต้องมีประกาศนียบัตรดังกล่าว

สภาศาสนาอิสลามในแต่ละมลรัฐเป็นผู้มีอำนาจในการให้ใบอนุญาตแก่ผู้ที่มีประกาศนียบัตรแสดงความรู้ในกฎหมายอสิลามให้ประกอบวิชาชีพทนายความในศาลชะรีอะฮฺได้ แม้ว่าบุคคลนั้นจะมิได้รับอนุญาตให้ผู้ประกอบวิชาชีพทนายความตามกฎหมายทั่วไปในศาลปกติหรือศาลฝ่ายอาณาจักรก็ตาม อนึ่ง ผู้ที่ประกอบวิชาชีพทนายความตามพระราชบัญญัติวิชาชีพ

---

[1] Section 42, Administration of Islamic Law (Federal Territory) Act, 1993.

[2] โดยที่กฎหมายว่าด้วยการบริหารงานกฎหมายอิสลาม คศ. 1993 กำหนดคุณสมบัติเพียงว่า ต้องมีความรู้กฎหมายอย่างเพียงพอ โดยไม่ได้ระบุไว้ด้วยว่าต้องเป็นมุสลิม ทำให้เกิดข้อพิพาทขึ้นเมื่อทนายความที่นับถือศาสนาคริสต์ แต่จบการศึกษากฎหมายอิสลามด้วยได้ยื่นคำร้องขอใบอนุญาตประกอบวิชาชีพทนายความในศาลอิสลาม แต่ถูกปฏิเสธในคดีนี้ศาลอุทธรณ์ตัดสินว่าเป็นปัญหากฎหมายอสิลาม และผู้มีอำนาจตัดสินข้อพิพาทนี้คือศาลชะรีอะฮฺ โปรดดู Victoria Jayaseele Martin v. Majlis Agama Islam Wilayah Persekutuan &Anor [2011] LNS 483

ทนายความ หากมีความรู้กฎหมายอิสลาม และเป็นผู้ที่มีคุณสมบัติเป็นทนายความชัรอีย์ก็สามารถเป็นทนายความแก้ต่างแก่คู่ความในศาลชะรีอะฮฺได้เช่นกัน

ในรัฐมะละกา[1] ผู้พิพากษาหัวหน้าศาลชะรีอะฮฺมีอำนาจในการออกใบอนุญาตแก่ผู้ที่ยื่นคำร้องขอประกอบอาชีพทนายความชัรอีย์ โดยผู้นั้นต้องมีความรู้เกี่ยวกับกฎหมายอิสลามสำหรับคุณสมบัติของทนายความมุสลิม ทั้งนี้หัวหน้าผู้พิพากษาชะรีอะฮฺมีอำนาจกำหนดและพิจารณาคุณสมบัติบุคคลดังกล่าว พร้อมทั้งกำกับดูแลและตรวจสอบพฤติกรรมของทนายความชะรีอะฮฺในระหว่างปฏิบัติหน้าที่ทนายความ

ในรัฐกลันตัน[2] กอฎีบือสัรเป็นผู้มีอำนาจออกใบอนุญาตประกอบวิชาชีพทนายความชัรอีย์ในศาลชะรีอะฮฺ แก่ผู้มีคุณสมบัติเป็นทนายความกฎหมายอิสลาม อันได้แก่ผู้ที่สอบผ่านวิชากฎหมายอิสลามจากสถาบันวิชาการชั้นสูงของรัฐที่จัดการสอนวิชากฎหมายอิสลาม ผู้ที่จะเป็นทนายความชัรอีย์จะต้องมีใบประกอบอาชีพทนายความที่ได้รับการรับรองโดยกอฎีบือสัรทุกๆปี

อย่างไรก็ตามศาลอาจอนุญาตให้หน่วยงานที่เป็นของรัฐเป็นตัวแทนฝ่ายโจทก์ในการพิพากษาให้สุลต่านหรือบุคคลที่รัฐให้อำนาจเป็นทนายความก็สามารถเขียนคำร้องขอแต่งตั้งผู้ที่มีคุณสมบัติเหมาะสม เพื่อเป็นทนายความแก่คู่ความที่มีฐานะยากจนได้

ในพระราชบัญญัติของรัฐตรังกานู[3] ให้คำนิยามคำว่าทนายความชัรอีย์ หมายถึงมุสลิมที่ทำหน้าที่เป็นทนายทั้งในด้านคดีอาญาและคดีแพ่ง แต่ต้องนับถือศาสนาอิสลาม มีความรอบรู้เรื่องกฎหมายอิสลาม สามารถพูดและเข้าใจภาษามลายูและผ่านการคัดเลือกโดยคณะ-กรรมการอิสลามไม่ว่าโดยการสอบหรือไม่ก็ตาม นอกจากนี้ทนายความมุสลิมจะต้องมีใบประกอบวิชาชีพทนายความที่ออกโดยคณะกรรมการอิสลามทุกๆปี

ในรัฐยะโฮร์กำหนดคุณสมบัติผู้ที่จะเป็นทนายความมุสลิมในระเบียบเกี่ยวกับข้อปฏิบัติสำหรับทนายความมุสลิม ซึ่งกำหนดให้มีคณะกรรมการ 3 ท่าน มีหน้าที่กำหนดเนื้อหาและตรวจข้อสอบและมอบประกาศนียบัตรสำหรับผู้ที่สอบผ่านวิชาชีพทนายความมุสลิม นอกจากนั้นแล้ว คณะกรรมการยังมีอำนาจพิจารณาออกใบอนุญาตเป็นทนายความมุสลิมแก่ผู้มีคุณสมบัติตามกฎหมายอีกด้วย

---

1 พ.ร.บ. รัฐซาราวัก (เลขที่4/1991) มาตรา 23 (1-3).

2 พ.ร.บ. รัฐกลันตัน (เลขที่3/1982) มาตรา 18 (1-6).

3 พ.ร.บ. รัฐตรังกานู (ฉบับที่ 12/1986) มาตรา 66 (1-4).

3.3 การใช้กฎหมายอิสลาม และองค์กรบริหารและพัฒนาการใช้กฎหมายอิสลามในประเทศที่มีพลเมืองส่วนน้อยนับถือศาสนาอิสลาม :กรณีศึกษาประเทศฟิลิปปินส์

3.3.1 การใช้กฎหมายอิสลามในประเทศฟิลิปปินส์

การใช้กฎหมายอิสลามในประเทศฟิลิปปินส์มีวิวัฒนาการมายาวนาน ตามบันทึกทางประวัติศาสตร์ องค์สุลต่านแห่งเกาะสูลู (Sulu) เป็นบุคคลแรกที่ได้ริเริ่มการประกาศใช้ "*DiwanTaosug*" ในฐานะเป็นประมวลกฎหมายบังคับตามตัวบุคคล (Personal Law Codex) แห่งสูลู ต่อมาในศตวรรษที่ 8 องค์สุลต่านแห่งมินดาเนา (Magindanou) ได้ประกาศใช้ประมวลกฎหมายบังคับตามตัวบุคคลที่ครอบคลุมยิ่งขึ้นที่มีชื่อว่า "*Luwaransa Magindanao*"

หลังจากประเทศได้รับเอกราชจากสหรัฐอเมริกาในปีคริสต์ศักราช 1946 ได้มีการตรากฎหมายหลายฉบับที่มุ่งบังคับใช้แก่ตามตัวบุคคลแก่ชนชาวมุสลิมในบางลักษณะ เช่น พระราชบัญญัติแห่งสาธารณรัฐฉบับที่ 386 (Republic Act 386) หรือประมวลกฎหมายแพ่งฉบับใหม่ ได้ให้การยอมรับการสมรสระหว่างมุสลิมด้วยกันและระหว่างมุสลิมกับชาวคริสต์ พระราชบัญญัติแห่งสาธารณรัฐฉบับที่ 394 ได้ให้การยอมรับต่อกรณีการหย่าในหมู่มุสลิม พระราชบัญญัติแห่งสาธารณรัฐฉบับที่ 6268 ได้ขยายเวลาการบังคับใช้กฎหมายในกรณีการสมรสของมุสลิมออกไปอีก 10 ปี หลังจากสิ้นสุดผลการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวนี้เป็นเวลา 20 ปี ตามที่ได้ถูกกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติแห่งสาธารณรัฐฉบับที่ 386

ในข้อตกลงทริโปลี 1976 (Tripoli Agreement of 1976) ซึ่งถือเป็นสัญญาสันติภาพระหว่างรัฐบาลฟิลิปปินส์กับแนวร่วมปลดปล่อยแห่งชาติมอโร (Moro National Liberation Front) ได้เกิดการจัดตั้งเขตปกครองตนเองในตอนใต้ของฟิลิปปินส์ ที่คงรูปแบบการปกครองภายใต้อำนาจรัฏฐาธิปัตย์และความมั่นคงแห่งชาติสาธารณรัฐฟิลิปปินส์ ข้อตกลงดังกล่าวนี้ ได้กำหนดไว้ว่า มุสลิมในเขตปกครองตนเองเฉพาะบางพื้นที่ จะได้รับสิทธิในการจัดตั้งศาลที่สามารถบังคับใช้กฎหมายชะรีอะฮฺ

มุสลิมในฐานะชนกลุ่มน้อยของประเทศฟิลิปปินส์มีความเป็นอัตลักษณ์ในเรื่องของวิถีชีวิต และวัฒนธรรมอันเป็นไปตามหลักการอิสลาม ด้วยตระหนักถึงสภาพความเป็นอยู่ข้างต้นกอปรกับผลผูกพันตามข้อตกลงทริโปลีข้างต้น รัฐบาลภายใต้การนำของประธานาธิบดี เฟอร์ดินันด์ มาร์กอส จึงได้ตรากฎหมายให้ใช้ประมวลกฎหมายสำหรับบังคับแก่คนมุสลิมแห่งชาติฟิลิปปินส์ (Code of Muslim Personal laws of Philippines (EMPL)) ไว้ในกฤษฎีกาฉบับที่ 1083 ในปี ค.ศ. 1977 อันเป็นเจตจำนงค์แห่งรัฐที่เป็นการประกาศเพื่อให้ใช้คู่ขนานกับประมวลครอบครัว (The Family Code) ควบคู่กัน

ประมวลกฎหมายสำหรับบังคับแก่คนมุสลิมซึ่งได้ประกาศใช้ตามพระราชบัญญัติ เลขที่ 1083 (Republic Act No. 1083) เป็นประมวลกฎหมายที่มีผลบังคับใช้จนถึงปัจจุบันภายหลังที่ได้ประกาศใช้ประมวลกฎหมายดังกล่าว หลักเกณฑ์ต่างๆที่เกี่ยวข้องกับการใช้กฎหมายอิสลาม ก็ต้องบังคับตามประมวลกฎหมายฉบับนี้โดยปริยาย[1]

เนื้อหาของกฎหมายอิสลามตามประมวลกฎหมายสำหรับบังคับแก่คนมุสลิม (Code of Muslim Personal Lawof the Philippines) แบ่งออกเป็น 3 ส่วนใหญ่ๆ คือส่วนทั่วไปส่วนวิธีสบัญญัติและส่วนสาระบัญญัติโดยมีการกำหนดจุดมุ่งหมายของการใช้ไว้ในบททั่วไป (มาตรา 2) อย่างชัดเจนว่า (1) เพื่อให้เกิดการยอมรับระบบกฎหมายอิสลามว่าเป็นส่วนหนึ่งของระบบกฎหมายฟิลิปปินส์ และเพื่อเป็นการก่อตั้งสถาบันอิสลามให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น(2) เพื่อรวบรวมกฎหมายอิสลาม และ (3) เพื่อกำหนดบทบัญญัติในการบริหารและเพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายอิสลามระหว่างมุสลิมเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ

การกำหนดจุดมุ่งหมายในการปรับใช้ประมวลกฎหมายอิสลามเอาไว้เช่นนี้แสดงถึงการให้ความสำคัญและการป้องกันการนำเอากฎหมายไปใช้อย่างผิดความมุ่งหมายเพราะถ้าเป็นเช่นนั้นย่อมจะก่อให้เกิดปัญหาต่างๆ รวมทั้งประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายอิสลาม[2]

จากจุดมุ่งหมายในการใช้กฎหมายอิสลามข้างต้น ย่อมแสดงให้เห็นว่าระบบกฎหมายอิสลามในฟิลิปปินส์มีสถานะเป็นกฎหมายหนึ่งเท่ากับระบบกฎหมายอื่นในประเทศ อีกทั้งเป็นการรวบรวมกฎหมายอิสลามที่จะบังคับใช้เข้ามาอยู่ด้วยกันอย่างเป็นระบบ ซึ่งจะเป็นการง่ายต่อการนำมาใช้หรืออ้างอิง[3]

นอกจากนั้น ในประมวลกฎหมายที่เกี่ยวกับการใช้กฎหมายอิสลามได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการตีความกฎหมายอิสลามในกรณีที่เกิดการขัดกันของบทบัญญัติ (Conflict of provisions) ตามมาตรา 3 เอาไว้ดังนี้ (ก) ในกรณีที่มีการขัดกันระหว่างบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายนี้กับกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ทั่วๆ ไป จำต้องถือตามบทบัญญัติของประมวลกฎหมายนี้ และ (ข) ในกรณีที่มีการขัดกันระหว่างบทบัญญัติตามกฎหมายนี้ และกฎหมายพิเศษ (Special law) หรือกฎหมายที่บังคับใช้อยู่เฉพาะท้องถิ่น (Law of Local Application) กฎหมายพิเศษ หรือกฎหมายที่ใช้อยู่ในเฉพาะท้องถิ่น จะต้องตีความอย่างกว้างขวาง (Liberally Construed) เพื่อให้สอดคล้องกับบทบัญญัติของประมวลกฎหมายนี้ (ค) บทบัญญัติในประมวลกฎหมายนี้ใช้บังคับได้เฉพาะกับ

---

[1] Datu Michael O. Mastura, **Filipino Muslims and Issues of Governance in the Philippines: Some Thoughts by a Local Practitioner,** in "Islam and Civilisational Renewal" 2 (Number 1 - October) 2010, 145 -155.

[2] สมบูรณ์ พุทธจักร, เรื่องเดียวกัน, หน้า 130.

[3] สมบูรณ์ พุทธจักร, เรื่องเดิม.

มุสลิมเท่านั้น และไม่มีความใดในประมวลกฎหมายนี้ที่จะต้องตีความให้เป็นการเสื่อมเสียสิทธิกับผู้มิได้เป็นมุสลิม

ในกรณีที่ประมวลกฎหมายอิสลามไม่ได้บัญญัติเอาไว้ มาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายสำหรับบังคับแก่คนมุสลิม กำหนดว่ากฎหมายอิสลามหรือกฎหมายจารีตประเพณี (Adat Law) ที่ไม่ได้รวบรวมไว้ในประมวลกฎหมายนี้ ก็อาจนำมาเป็นข้อพิสูจน์ยืนยันชี้ข้อเท็จจริงได้ สำหรับกฎหมายจารีตประเพณีที่จะนำมาใช้ในกรณีนั้นจะต้องไม่ขัดต่อกฎหมายรัฐธรรมนูญแห่งประเทศฟิลิปปินส์ หรือประมวลกฎหมายนี้ หรือกฎหมายอิสลาม หรือคำสั่งของรัฐ หรือนโยบาย หรือผลประโยชน์ของสาธารณะ

การที่ประเทศฟิลิปปินส์ได้กำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับการนำพยานหลักฐานยืนยันข้อเท็จจริงแห่งกฎหมายอิสลามที่ไม่ได้บัญญัติเอาไว้ในประมวล หรือในพระราชบัญญัตินี้นั้น เป็นการอุดช่องว่างกฎหมายอิสลาม[1]อีกรูปแบบหนึ่ง ในกรณีไม่อาจจะนำเอาบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายมาปรับกับข้อเท็จจริงได้ กฎหมายที่จะนำมาใช้เพื่อเป็นการอุดช่องว่างนั้นก็น่าจะเป็นกฎหมายอิสลามอีกเช่นกัน เพราะถือว่าเป็นบทบัญญัติเดียวกัน โดยไม่อาจจะนำเอาหลักกฎหมายอื่นมาบังคับใช้แทนกฎหมายอิสลามได้ แต่เพื่อไม่ให้เกิดความเสียหายต่อโครงสร้างของประมวลกฎหมายอิสลาม รัฐจึงได้กำหนดขอบเขตของการที่จะนำเอาหลักกฎหมายอิสลามที่ไม่ได้บัญญัติในประมวลกฎหมายกล่าวไว้

3.3.2 กฎหมายสารบัญญัติ

ประมวลกฎหมายสำหรับบังคับแก่คนมุสลิมของประเทศฟิลิปปินส์ได้บัญญัติเนื้อหาสาระสำคัญ ประกอบด้วย การสมรส ซึ่งเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับการสมรสของมุสลิม ซึ่งการสมรสของมุสลิมจะต้องกระทำภายใต้บทบัญญัติว่าด้วยการสมรส ซึ่งจะประกอบด้วย เงื่อนไขการสมรส ความสามารถในการสมรส การประกอบพิธีสมรส ผู้มีอำนาจ สถานที่ประกอบพิธีสมรส รายละเอียดเกี่ยวกับสินสอด การจ่ายค่าสินสอด การผิดสัญญาสมรส ข้อห้ามการสมรส การมีภริยาหลายคนของชาย สิทธิและหนี้ระหว่างคู่สมรส ความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างคู่สมรส การหย่า ความเป็นบิดาและมารดา สิทธิของบุตรที่ชอบด้วยกฎหมาย การรับรองบุตร ค่าอุปการะเลี้ยงดู และการเป็นผู้ปกครอง ส่วนบทบัญญัติที่เกี่ยวกับมรดกนั้นประกอบด้วย ข้อกำหนดการรับมรดก การรับมรดก พินัยกรรม และทายาท[2]เป็นต้น

---

[1] Datu Micheal O. Masture, op. cit., 13.

[2] Datu Michael O. Mastura, ibid. , 145 -155.

3.3.3 กฎหมายวิธีสบัญญัติ

ประมวลกฎหมายสำหรับบังคับแก่คนมุสลิมของฟิลิปปินส์ (Code of Muslim Personal Law of the Philippines) ได้กำหนดในส่วนวิธีสบัญญัติเกี่ยวกับขอบเขตการใช้กฎหมายอิสลามดังจะกล่าวโดยสังเขปต่อไปนี้

(1) อำนาจศาล หมายถึง อำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดี ซึ่งตามหลักการแล้วการที่จะเสนอคำฟ้องต่อศาลใดต้องพิจารณาถึงว่าศาลนั้นมีอำนาจที่จะพิจารณาพิพากษาคดีนั้นได้หรือไม่ ดังนั้นถ้าพิจารณาถึงเขตอำนาจศาลในการใช้กฎหมายอิสลามก็หมายถึงอำนาจของศาลที่จะพิจารณาคดีตามกฎหมายอิสลามนั้นเอง

ในการใช้กฎหมายอิสลามนั้นได้มีการกำหนดอำนาจศาลในการพิจารณาพิพากษาคดีตามกฎหมายอิสลามเอาไว้อย่างชัดเจน ซึ่งโดยปกติแล้วจะเป็นคดีที่เกี่ยวกับครอบครัวและมรดก ประมวลกฎหมายสำหรับบังคับแก่คนมุสลิมของฟิลิปปินส์ยังได้ระบุชัดลงไปว่า กรณีใดบ้างที่จะนำเอาหลักกฎหมายอิสลามมาปรับกับมูลคดีที่เกิดขึ้น เช่นเรื่องที่เกี่ยวกับบุคคลและความสัมพันธ์ทางครอบครัว (Personal and Family Relation) การแต่งงานและการหย่า การรับมรดก โดยได้กำหนดรายละเอียดต่างๆ ที่เกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวเอาไว้อย่างชัดเจน เช่น มาตรา 13 (3) ได้กำหนดขอบเขตการใช้กฎหมายอิสลามว่าด้วยเรื่องที่เกี่ยวกับการแต่งงาน การหย่า ความเป็นบิดาและบุตร (Paternity and filiations) ความปกครองและการคุ้มครองดูแลผู้เยาว์ ค่าอุปการะเลี้ยงดู การเรียกร้องสินสอด (Claim for Customary Dower) การหมั้น การผิดสัญญาสมรส การประกอบพิธีและการจดทะเบียนสมรส การจดทะเบียนหย่า สิทธิและหนี้สินระหว่างสามีภรรยา อำนาจปกครองและความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างสามีภรรยา ทั้งหมดนี้ต้องเป็นไปตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายนี้และกฎหมายอิสลามอื่นๆ ที่อาจนำมาใช้ได้

นอกจากเรื่องดังกล่าวแล้ว ในประมวลกฎหมายฉบับนี้ก็ยังได้กำหนดถึงเกณฑ์ในเรื่องอื่นๆ ที่อาจจะเกี่ยวพันธ์กับเรื่องครอบครัวมรดก เช่น ความสามารถตามกฎหมาย (มาตรา 8) สภาพบุคคล บุคคลหย่อนความสามารถ (มาตรา 9) สภาพบุคคล (มาตรา 10)การสิ้นสภาพบุคคล (มาตรา 11) การตายพร้อมกัน (มาตรา 12) โดยได้กำหนดเรื่องดังกล่าวไว้เฉพาะในการใช้กฎหมายอิสลาม

(2) คู่สมรส การสมรสภายใต้หลักกฎหมายอิสลามนั้นกำหนดให้คู่สมรสฝ่ายชายต้องนับถือศาสนาอิสลาม การใช้กฎหมายอิสลามก็เพื่อเป็นการยอมรับถึงความสัมพันธ์ทางครอบครัวของผู้ที่นับถือศาสนาอิสลาม ดังนั้นการใช้กฎหมายอิสลาม รัฐจึงได้กำหนดบทบัญญัติเอาไว้ว่าคดีที่จะนำเอากฎหมายอิสลามมาบังคับใช้คู่สมรสต้องเป็นมุสลิม

เกี่ยวกับประเด็นนี้ประมวลกฎหมายสำหรับบังคับแก่คนมุสลิมของฟิลิปปินส์มาตรา 13 (1) ได้กำหนดให้บทบัญญัติที่เกี่ยวกับการสมรสและการหย่า ให้ใช้บังคับแก่การสมรสและการ

หย่าในกรณีที่คู่สมรสทั้งสองฝ่ายเป็นมุสลิม หรือในกรณีที่ชายคู่สมรสเท่านั้นที่เป็นมุสลิมและได้ประกอบพิธีสมรสตามกฎหมายอิสลามหรือตามประมวลกฎหมายฉบับนี้

มาตรา 13 (2) ได้บัญญัติไว้ว่า ในกรณีของการสมรสระหว่างมุสลิมและผู้มิใช่มุสลิมและไม่ได้ประกอบพิธีสมรสตามกฎหมายอิสลามหรือตามประมวลกฎหมายนี้ก็ให้ใช้ประมวลกฎหมายแพ่งฟิลิปปินส์บังคับใช้แทน

จากบทบัญญัติในมาตรา 13 ดังกล่าว นอกจากจะกำหนดให้คดีที่จะบังคับตามกฎหมายอิสลามนั้น คู่สมรสทั้งสองฝ่ายต้องเป็นมุสลิมแล้ว ก็ยังได้กำหนดถึงกรณีของการสมรสระหว่างผู้ที่นับถือศาสนาอิสลามกับผู้ที่ไม่ได้นับถือศาสนาอิสลามเอาไว้เช่นกัน ซึ่งเป็นสิ่งที่อาจจะเกิดขึ้นได้ รัฐจึงได้กำหนดหลักเกณฑ์เอาไว้เพื่อขจัดปัญหา โดยถือเอาการประกอบพิธีสมรสเป็นสาระสำคัญ โดยถือว่าถ้าไม่ได้ประกอบพิธีสมรสตามกฎหมายอิสลามหรือตามประมวลกฎหมายนี้ก็ไม่อาจจะนำเอากฎหมายอิสลามหรือบทบัญญัติประมวลกฎหมายนี้มาใช้บังคับได้ แต่ถ้าหากคู่สมรสทำการสมรสภายใต้กฎหมายอิสลามหรือตามประมวลกฎหมายนี้โดยมีคู่สมรสฝ่ายชายเป็นมุสลิมก็สามารถนำเอากฎหมายอิสลามหรือบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายนี้มาบังคับใช้ โดยถือว่าทั้งสองฝ่ายมีเจตนาที่จะอยู่ภายใต้หลักกฎหมายอิสลามนั้นเอง

ตามประมวลกฎหมายว่าด้วยการบริหารกฎหมายอิสลามแห่งประเทศฟิลิปปินส์ได้กำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับการใช้กฎหมายอิสลามเกี่ยวกับการสมรสและการหย่าตามมาตรา 83 ว่าบทบัญญัติเกี่ยวกับการสมรส การหย่าตามพระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับกับการสมรสที่คู่สมรสฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายซึ่งนับถือศาสนาอิสลามและได้ประกอบพิธีสมรสตามกฎหมายอิสลาม

ตัวอย่างน่าสนใจในคดีหนึ่ง ได้แก่ Bondagjy v. Bondagjy [2001][1] ซึ่งเป็นคดีพิพาทเรื่องอำนาจปกครองบุตร ระหว่างหญิงคริสเตียนซึ่งเปลี่ยนศาสนามาเป็นอิสลาม ได้สมรสกับชายตามพิธีอิสลาม แล้วมีบุตรกับชายนั้น ต่อมาหญิงเปลี่ยนศาสนากลับเป็นคริสเตียน แล้วเกิดพิพาทกับชายเรื่องอำนาจปกครองบุตร ศาลสูงของฟิลิปปินส์ตัดสินว่าเป็นคดีที่อยู่ในเขตอำนาจพิจารณาของศาลอิสลาม แต่หากศาลอิสลามวินิจฉัยข้อพิพาทโดยมิได้คำนึงถึงสิทธิสำคัญของหญิง เช่น ปรับใช้กฎหมายวิธีพิจารณาความมุสลิม หรือรับฟังพยานหลักฐานโดยฝ่าฝืนหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญของฟิลิปปินส์ ศาลสูงย่อมมีอำนาจหยิบยกข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีขึ้นวินิจฉัยได้

(3) เขตศาล หมายถึงเขตในทางภูมิศาสตร์เท่าที่กฎหมายจัดตั้งศาลนั้นๆจะกำหนดการใช้กฎหมายอิสลามมีส่วนเกี่ยวข้องกับเขตศาล เนื่องจากการใช้กฎหมายอิสลามใน

---

[1] G.R. No. 140817, (S.C. Dec. 17, 2001) (Phil.), available at http:// sc.judiciary.gov.ph/jurisprudence/2001/dec2001/140817.htm; See also Bondagjy v. Artadi, G.R. No. 170406, (S.C. Aug. 11, 2008) (Phil.), http:// sc.judiciary.gov.ph/jurisprudence/2008/august2008/170406. htm.

ประเทศที่มีมุสลิมเป็นชนส่วนน้อยนั้น ขอบเขตการใช้กฎหมายอิสลามนอกเหนือจากการจำกัดเนื้อหากฎหมายที่จะนำมาใช้แล้ว ยังจำกัดพื้นที่ในการใช้เอาไว้อีกด้วย ซึ่งเป็นการกำหนดขอบเขตการใช้กฎหมายอิสลามในแง่พื้นที่ที่จะนำเอากฎหมายอิสลามมาบังคับใช้ ในฟิลิปปินส์การใช้กฎหมายอิสลามที่ปรากฏเด่นชัดก็มีอยู่แต่เฉพาะในหมู่เกาะภาคใต้ของประเทศ

3.3.4 องค์กรบริหารและพัฒนาการใช้กฎหมายอิสลามในประเทศฟิลิปปินส์

การใช้กฎหมายอิสลามจำเป็นต้องมีความสัมพันธ์กับสถาบันต่าง ๆ ทางศาสนาอิสลาม เพราะชุมชนมุสลิมไม่มีการแบ่งแยกกันระหว่างสถาบันทางศาสนากับสถาบันทางฝ่ายบ้านเมือง สถาบันทางศาสนาจึงเข้ามาดำเนินการต่าง ๆ แทนสถาบันทางฝ่ายบ้านเมืองในบางกรณีโดยเฉพาะในเรื่องที่เกี่ยวกับครอบครัวและมรดก ดังนั้น จึงสามารถกล่าวได้ว่าสถาบันทางศาสนามีความจำเป็นสำหรับการใช้กฎหมายอิสลามเป็นอย่างยิ่ง สถาบันทางศาสนาเหล่านี้จึงกลายมาเป็นผู้บริหารกฎหมายอิสลามในส่วนที่เกี่ยวกับเรื่องครอบครัวและมรดกอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ เพราะกฎหมายอิสลามเป็นส่วนหนึ่งของคำสอนของศาสนา เมื่อรัฐได้ยอมรับหลักกฎหมายอิสลามเป็นระบบกฎหมายหนึ่งของประเทศ รัฐจึงจำเป็นต้องยอมรับสถาบันทางศาสนาอิสลามอีกด้วย โดยได้กำหนดบทบาทหน้าที่ของสถาบันต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการใช้กฎหมายอิสลามเอาไว้อย่างเป็นทางการ[1]

ในประเทศฟิลิปปินส์ มีสถาบันทางศาสนาอิสลามที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาคดีและการระงับข้อพิพาท ตลอดจนการให้คำปรึกษาตามกฎหมายอิสลาม มีดังต่อไปนี้ ศาลชะรีอะฮฺ (Shariah court)คณะกรรมการอิสลาม คณะกรรมการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทและที่ปรึกษากฎหมายอิสลามสำนักงานทะเบียนสมรส และทะเบียนหย่า และอื่นๆสถาบันต่างๆ นี่มีอำนาจหน้าที่ของแต่ละสถาบันและมีความสัมพันธ์ซึ่งกันและกัน

(1)ศาลชะรีอะฮฺ

ศาลที่ทำการพิจารณาพิพากษาคดีที่เกี่ยวกับศาสนาอิสลาม เรียกว่าศาลชะรีอะฮฺ ศาลชะรีอะฮฺเป็นสถาบันที่ควบคู่กับการใช้กฎหมายอิสลาม ในฐานะที่เป็นสถาบันในการบริหารกฎหมายอิสลาม กฎหมายอิสลามก็เหมือนกับกฎหมายพิเศษอื่นๆ ที่มีความจำเป็นที่จะต้องให้มีสถาบันที่มีความรู้ความสามารถเฉพาะในการบริหารกฎหมายอิสลามเช่นเดียวกับศาลชำนัญพิเศษอื่นๆ เช่น ศาลแรงงาน ศาลภาษี หรือศาลปกครอง เป็นต้น

ประมวลกฎหมายสำหรับบังคับแก่คนมุสลิมได้ก่อตั้งศาลชะรีอะฮฺ(Shariah court) สำหรับการพิจารณาคดีตามกฎหมายอิสลาม ซึ่งได้แบ่งออกเป็นสองศาล คือศาลชะรีอะฮฺ

---

1 สมบูรณ์ พุทธจักร, เรื่องเดียวกัน, หน้า 130.

ประจำภาค (Shariah District Court)และศาลชะรีอะฮฺประจำท้องถิ่น (ShariahCircuit Court)ศาลชะรีอะฮฺทั้งสองและข้าราชการในสังกัดต้องอยู่ภายใต้การควบคุมดูแลของศาลสูง (มาตรา 137)

(2) คณะกรรมการอิสลาม

ประมวลกฎหมายสำหรับบังคับแก่คนมุสลิม (Code of Muslim Personal Law) ได้กำหนดให้มีคณะกรรมการอิสลามขึ้น 2 คณะ เพื่อทำหน้าที่ในการบริหารกฎหมายอิสลาม คือ คณะกรรมการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท และคณะที่ปรึกษากฎหมายอิสลาม

คณะกรรมการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (Agama Arbitration) ประกอบด้วยประธานและตัวแทนของคู่ความแต่ละฝ่ายประกอบกันขึ้นเป็นคณะกรรมการที่กระทำตามขั้นตอนเพื่อประนีประนอมข้อพิพาทของคู่กรณี (มาตรา7(a))คณะกรรมการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมีหน้าที่ทำการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทอยู่ 3 กรณีคือ

- ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเกี่ยวกับการหย่า โดยการ*เฏาะลาก*[1] (Talaq)
- ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในกรณีการสมรสมากกว่าหนึ่ง (Subsequent Marriage)
- ไกล่เกลี่ยในกรณีที่มีความผิดต่อกฎหมายจารีตประเพณี (Offences against Customary) ในคดีที่เกี่ยวกับความผิดต่อกฎหมายจารีตประเพณี ถ้าศาลชะรีอะฮฺประจำท้องถิ่นเห็นว่าคดีนั้นอาจจะยุติลงได้โดยไม่ต้องทำการพิจารณาคดีตามรูปแบบ ก็ถือว่าเป็นดุลพินิจของศาลที่จะส่งให้เสมียนศาลตั้งกรรมการที่มีสมาชิกไม่น้อยกว่า 2 คนและไม่เกิน 4 คน พร้อมกับเลขานุการศาลในฐานะที่เป็นประธานกรรมการดำเนินการไกล่เกลี่ยคดีนั้นด้วยไมตรีจิต (มาตรา 163)

คณะที่ปรึกษากฎหมายอิสลาม (Jurisconsult in Islamic Law) ประมวลกฎหมายว่าด้วยสถานภาพบุคคลมุสลิม (Code of Muslim Personal Law of the Philippines) ได้กำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับที่ปรึกษากฎหมายอิสลามดังนี้คือ

- การแต่งตั้งที่ปรึกษาทางกฎหมาย ที่ปรึกษากฎหมายอิสลามจะได้รับการแต่งตั้งจากประธานาธิบดีฟิลิปปินส์และมีระยะเวลาดำรงตำแหน่งคราวละ 7 ปี โดยไม่เป็นการตัดสิทธิที่จะได้รับการแต่งตั้งเข้ามาใหม่ เว้นแต่กรณีที่ถูกปลดออกเนื่องจากไม่สามารถจะปฏิบัติหน้าที่ได้ (มาตรา 164)
- คุณสมบัติของที่ปรึกษากฎหมายอิสลาม ผู้ที่จะได้รับการแต่งตั้งให้เป็นที่ปรึกษากฎหมายอิสลามจะต้องมีคุณสมบัติ เช่น เป็นพลเมืองของฟิลิปปินส์ มีอายุไม่ต่ำกว่า 40 ปี เป็นผู้ที่มีความประพฤติดีและมีความซื่อสัตย์และมีชื่อเสียงในฐานะที่เป็นผู้รอบรู้ในคัมภีร์อัลกุรอานและหะดีษ และนิติศาสตร์อิสลาม ตลอดจนมีความเชี่ยวชาญในภาษาอาหรับ (มาตรา 165)

---

[1] เฏาะลาก: การคลายนิติสัมพันธ์การสมรสระหว่างสามีภริยาโดยสามีกล่าวประโยคหย่าต่อภริยา

- หน้าที่ของคณะที่ปรึกษากฎหมายอิสลาม ที่ปรึกษากฎหมายอิสลามมีหน้าที่ตามกฎหมาย เช่น ให้ความเห็นในทางกฎหมายแก่คู่กรณีที่มีส่วนได้เสีย ตามหนังสือที่ได้ทำการร้องขอมา แต่ถ้าหากที่คณะปรึกษากฎหมายเห็นว่ามีความจำเป็นอาจปรึกษาหรือขอความเห็นจากอุละมาอฺ (Ulama)[1] ก็ได้

(3) สำนักงานจดทะเบียนเกี่ยวกับการสมรส และการหย่า

ประมวลกฎหมายสำหรับบังคับแก่คนมุสลิมของฟิลิปปินส์ (Code of Muslim Personal Laws of Philippines) ได้กำหนดให้มีสำนักงานเพื่อทำหน้าที่จดทะเบียนต่างๆ ตามกฎหมายอิสลาม คือสำนักงานจดทะเบียนสมรสและการจดทะเบียนหย่า หรือการเพิกถอนการหย่าและการเข้ารับนับถือศาสนาอิสลามประจำภาค(Circuit Registrar of Muslim Marriage, Divorce Revocation of Divorce and Conversion)และสำนักงานจดทะเบียนสมรสหย่า หรือเพิกถอนการหย่าและการเข้ารับนับถือศาสนาอิสลามประจำท้องถิ่น (District Registar of Muslim Marriage, Divorce Revocation of Divorce and Conversion) เลขานุการศาลชะรีอะฮฺประจำภาค นอกจากจะมีหน้าที่ตามที่กำหนดไว้แล้ว ต้องทำหน้าที่เป็นนายทะเบียนสมรส และหย่า หรือการเพิกถอนการหย่า และการเข้ารับนับถือศาสนาอิสลามภายในเขตศาลนั้นๆ (Territorial Jurisdiction) และเลขานุการประจำศาลชะรีอะฮฺประจำท้องถิ่น (Shariah Circuit Court) ทำหน้าที่เป็นนายทะเบียนสมรส และนายทะเบียนหย่า หรือเพิกถอนการหย่า และการเปลี่ยนแปลงศาสนาประจำศาลชะรีอะฮฺประจำท้องถิ่น (มาตรา 81)

---

1 อุละมาอฺ : ผู้ทรงภูมิความรู้ในด้านวิชาการศาสนาอิสลาม มีชื่อเสียงเป็นที่ยอมรับกว้างขวางในสังคม

บทที่4

การใช้กฎหมายอิสลาม และองค์กรบริหารและพัฒนา การใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย

ในบทนี้ จะแสดงให้เห็นพัฒนาการของการใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย และชี้ให้เห็นปัญหาบางประการในแง่ของสิทธิเสรีภาพในการใช้กฎหมายอิสลามภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยในภาพรวม ปัญหาข้อขัดข้องและข้อจำกัดเกี่ยวกับขอบเขตบังคับของพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี ยะลา นราธิวาส และสตูล พ.ศ. 2489และปัญหาการใช้กฎหมายอิสลามตามหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก บางประการ ตลอดจนข้อจำกัดขององค์กรบริหารและพัฒนาการใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย

4.1 ประวัติความเป็นมาของการใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย

4.1.1ความหมายของการใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย

ตามความหมายของกฎหมายอิสลามที่ได้กล่าวแล้วในบทที่ 2 ว่าหมายถึง “ชะรีอะฮฺ” “หุกมฺ” และ “ฟิกฮฺ” ซึ่งอาจสรุปได้ว่า หมายถึง โองการแห่งอัลลอฮฺ และสุนนะฮฺของศาสนทูตแห่งพระองค์ รวมทั้งข้อบัญญัติปลีกย่อยที่ได้จากการวิเคราะห์วินิจฉัยของปวงปราชญ์ ในส่วนที่เกี่ยวกับการประพฤติปฏิบัติของบุคคล ซึ่งมีลักษณะเป็นการกำหนดหน้าที่ สิทธิ และกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ซึ่งมีความหมายประมวลถึงการประพฤติปฏิบัติของบุคคล ซึ่งมีลักษณะเป็นการกำหนดหน้าที่ สิทธิ และกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ทั้งในด้านกฎหมายครอบครัวมรดก กฎหมายพาณิชย์ กฎหมายอาญา กฎหมายระหว่างประเทศ และอื่นๆ แต่ความหมายของการใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทยในงานวิจัยนี้หมายถึงการใช้กฎหมายอิสลามเฉพาะกรณีว่าด้วยครอบครัวและมรดกเท่านั้น ซึ่งได้แก่ การใช้กฎหมายอิสลามตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี ยะลา นราธิวาสและสตูล พ.ศ. 2489โดยมีคู่มือกฎหมายอิสลามที่เรียกว่า “คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับศาลยุติธรรม)” เป็นกฎหมายที่ใช้ในศาลชั้นต้นตามกฎหมายนี้ และมีความเกี่ยวข้องกับคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดและคณะกรรมการอิสลามประจำมัสยิด ที่ทำหน้าที่ในฐานะนายทะเบียนสมรสและทะเบียนหย่า

4.1.2วิวัฒนาการของการใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย

เมื่อพิจารณาจากวิวัฒนาการของการใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย อาจแบ่งออกเป็น 3 ยุค ได้แก่ ยุคก่อนปฏิรูปการปกครองในรัชกาลที่ 5ยุคปฏิรูปการปกครองในรัชกาลที่ 5 และยุคปัจจุบัน ดังนี้

4.1.2.1 การใช้กฎหมายอิสลามในยุคก่อนปฏิรูปการปกครองในรัชกาลที่ 5

ยุคนี้เริ่มมาตั้งแต่กรุงสุโขทัยจนกระทั่งกรุงศรีอยุธยาและกรุงรัตนโกสินทร์ตอนต้น และยุคก่อนปฏิรูปการปกครองในรัชกาลที่5

ในสมัยกรุงสุโขทัย การใช้กฎหมายอิสลามมีความเกี่ยวข้องเฉพาะบริเวณที่เรียกว่าจังหวัดชายแดนภาคใต้ในปัจจุบันเท่านั้น เนื่องจากนโยบายด้านการปกครองต่อบริเวณที่เรียกว่าจังหวัดชายแดนภาคใต้เป็นรูปแบบหัวเมืองประเทศราช คือ กรุงสุโขทัยได้หัวเมืองเหล่านี้มาในลักษณะที่เป็นเมืองขึ้น ใช้หลักการปกครองโดยไม่ได้ส่งคนไปปกครอง แต่ให้ปกครองกันเอง เพียงแต่ต้องแสดงความสวามิภักดิ์ต่อกรุงสุโขทัยทุกปี แต่ละหัวเมืองจะทำการปกครองตนเอง และบริหารกิจการทั้งหลายด้วยความเป็นอิสระเด็ดขาดจากการปกครองของไทย การปกครองแต่ละหัวเมือง เจ้าเมืองมีอำนาจในการปกครองตามขนบธรรมเนียม ซึ่งก็หมายถึงเป็นการปกครองเมืองตามหลักการของศาสนาอิสลามนั่นเอง เพราะเจ้าเมืองและประชาชนเกือบทั้งหมดนับถือศาสนาอิสลาม การตัดสินคดีความอยู่ในอำนาจของเจ้าเมือง ก็ต้องเป็นไปตามหลักกฎหมายอิสลามที่ใช้อยู่ในหัวเมืองเหล่านั้น กฎหมายอิสลามในยุคนั้นจึงมีฐานะเป็นตัวกำหนดความสัมพันธ์ของประชากรในหัวเมืองเหล่านั้น โดยที่ราชการส่วนกลางไม่ได้นำเอาหลักกฎหมายที่ใช้อยู่ทั่วไปๆมาบังคับใช้ในหัวเมืองเหล่านี้

ต่อมาในสมัยอยุธยานอกจากการใช้กฎหมายอิสลามบังคับในหัวเมืองชายแดนภาคใต้แล้ว สันนิษฐานได้ว่า มีการใช้กฎหมายอิสลามกับชุมชนมุสลิมในเมืองหลวงอีกด้วยโดยที่การใช้กฎหมายอิสลามในกรุงศรีอยุธยา มีจุฬาราชมนตรีซึ่งมีฐานะผู้นำประชาคมมุสลิม ทำการพิจารณาคดีครอบครัวมรดกของผู้นับถือศาสนาอิสลามสืบมาจนถึงยุครัตนโกสินทร์ ดังปรากฏในสารตราของเสนาบดีกระทรวงยุติธรรม ที่ 30/4353 วันที่ 24 กันยายน พ.ศ. 2460 ซึ่งมีความว่า “ถ้าบุคคลผู้นับถือศาสนาอิสลามพิพาทกันด้วยความแพ่งลักษณะผัวเมียและทรัพย์มรดก ให้ตุลาการพึงพิจารณาและบังคับคดีตัดสินคดีโดยลัทธิประเพณีอิสลามตามคัมภีร์โกหร่านพระมะหะหมัดนั้น ดังปรากฏในกระทรวงหลวงภักดีวิจารณ์ตุลาการ กรมท่าขวา ขึ้นแต่จุฬาราชมนตรีนั้นสืบมา”[1]

จุฬาราชมนตรีเป็นราชทินนามของเจ้ากรมท่าขวา ตำแหน่งจุฬาราชมนตรี มีการเรียกขานแตกต่างกันไป บ้างเรียกว่า “ออกพระจุฬาราชมนตรี” บ้างเรียกว่า “จุฬาราชมนตรี” บ้างเรียกว่า

---

[1] พิพัฒน์ จักรางกูร, “ระบบศาลใน 4 จังหวัดภาคใต้” **ดุลพาห** 22, 3 (พฤษภาคม-มิถุนายน 2518), 57.

“ จุลา” เอกสารของตะวันตกมักกล่าวถึงตำแหน่งขุนนางนี้ว่า “ออกพระจุฬา” โดยจดหมายเหตุวันวลิต (ฉบับสมบูรณ์) เรียกว่า “ Opera Tiula”[1]ใน The record of relation between Siam and foreign countries in 17th centuryเรียกว่า “OpraChalawes”[2]เอกสารของฮอลันดาสมัยกรุงศรีอยุธยา พ.ศ. 2151–2163 และ พ.ศ. 2167–2185 (ค.ศ. 1608 -1620 และ ค.ศ. 1624-1642) เรียกว่า “Opraechoela”[3]

ตำแหน่งจุฬาราชมนตรีเริ่มมีขึ้นครั้งแรกในสมัยอยุธยา แต่ยังไม่มีหลักฐานยืนยันว่า ได้รับการจัดตั้งขึ้นดังกล่าวครั้งแรกเมื่อใด อย่างช้าที่สุดคงจัดตั้งขึ้นในรัชสมัยสมเด็จพระเจ้าทรงธรรม (พ.ศ. 2145 - 2170) หลักฐานที่เก่าแก่ที่สุดในปัจจุบัน คือกฎหมายตราสามดวง[4] ที่กล่าวถึงการจัดแบ่งการบริหารกรมท่าขวาคือพระอัยการตำแหน่งพลเรือน โดยปรากฏในกฎหมายตราสามดวงว่า พระจุลาราชมนตรี ถือศักดินา 1,400 เท่ากับขุนนางราชทินนาม “โชดึก” เจ้ากรมท่าซ้ายฝ่ายจีน

4.1.2.2 การใช้กฎหมายอิสลามในยุคปฏิรูปการปกครองในรัชกาลที่ 5

บทบาทหน้าที่ตุลาการรับเรื่องราวร้องทุกข์และตัดสินคดีความของมุสลิมของจุฬาราชมนตรีถูกยกเลิกไป เมื่อได้มีการจัดตั้งกระทรวงยุติธรรมขึ้นในสมัยรัชกาลที่ 5[5]ซึ่งต่อมากฎหมายที่บัญญัติเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของจุฬาราชมนตรีก็ไม่ได้บัญญัติให้จุฬาราชมนตรีมีอำนาจหน้าที่ด้านการตัดสินคดีความเกี่ยวกับครอบครัวและมรดกอีก ยังคงอยู่เฉพาะการใช้กฎหมายอิสลามในบริเวณเจ็ดหัวเมือง แต่มีรูปแบบแตกต่างไปจากเดิม ซึ่งสามารถแบ่งออกเป็น 2 ระยะ

(ก) **การใช้กฎหมายอิสลามในระยะแรก** การดำเนินการในระยะนี้รัฐมีนโยบายเกี่ยวกับการใช้กฎหมายอิสลามโดยการตัดสินคดีความยังคงให้เจ้าเมืองมีอำนาจในการตัดสินคดี

---

1 ฟลิต, เยเรเมียส ฟอน, ประชุมพงศาวดาร ภาคที่ 79 จดหมายเหตุวันวลิต (ฉบับสมบูรณ์), (กรุงเทพฯ : ชวนพิมพ์) , พิมพ์เป็นอนุสรณ์ในงานฌาปนกิจศพนายพงษ์ทอง ทองเจือ, 2517, 4,8.

2 ไพโรจน์ เกษแม่นกิจ (ผู้แปล), **บันทึกเรื่องสัมพันธไมตรีระหว่างไทยกับนานาประเทศ ในศตวรรษที่ 17**1, แปลจาก The record of relation between Siam and foreign countries in 17th century, (พระนคร:โรงพิมพ์คุรุสภาลาดพร้าว), 2512, 66.

3 นันทา สุตกุล (ผู้แปล). 2513. เอกสารของฮอลันดาสมัยกรุงศรีอยุธยา พ.ศ. 2151 – 2163 และ พ.ศ.2167 – 2185 (ค.ศ. 1608 -1620 และ ค.ศ. 1624-1642), (กรุงเทพฯ: กรมศิลปากร), 2513,130.

4 จุพิศพงศ์ จุฬารัตน์, **บทบาทและหน้าที่ขุนนางกรมท่าขวาในสมัยอยุธยาถึงรัตนโกสินทร์ (พ.ศ.2153- 2435)**, (วิทยานิพนธ์อักษรศาสตรดุษฎีบัณฑิต สาขาวิชาประวัติศาสตร์ ภาควิชาประวัติศาสตร์ คณะอักษรศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย), 2544: 117.

5 จุพิศพงศ์ จุฬารัตน์, เรื่องเดียวกัน, 130-132, 133.

ต่างๆ ตามกฎหมายประเพณีอิสลาม เว้นแต่คดีที่มีโทษถึงประหารชีวิตหรือริบทรัพย์ เจ้าเมืองต้องขอพระบรมราชานุญาตเหมือนหัวเมืองชั้นในเสียก่อน และคดีที่มีการอุทธรณ์ต้องส่งให้ข้าหลวงพิจารณา

อย่างไรก็ตามรัฐก็ได้พยายามจะเข้ามาจัดระเบียบการใช้กฎหมายอิสลามมากขึ้น โดยให้มีคณะผู้พิพากษาทำการพิจารณาตัดสินคดีตามกระบวนการยุติธรรมสมัยใหม่ แต่คดีที่เกี่ยวกับครอบครัวมรดกในลัทธิศาสนาอิสลามให้พิจารณาตามหลักกฎหมายอิสลามโดยไม่ได้ทำการยกเลิก แต่ได้มีการแก้ไขด้วยการเลือกอาจารย์ศาสนาอิสลามที่มีคนนับถือมาก เป็นดะโต๊ะยุติธรรมขึ้นไว้คณะหนึ่งราว 20 คน ถ้าคนนับถือศาสนาอิสลามเป็นความกัน หรือเป็นจำเลยในคดีที่ต้องตัดสินด้วยกฎหมายทางศาสนาอิสลาม คือ ความผัวเมีย ความมรดกให้คู่ความเลือกดะโต๊ะยุติธรรมที่ตั้งไว้เป็นอนุญาโตตุลาการฝ่ายละคนหรือหลายคนตามตกลง มานั่งชำระและตัดสินคดีความในศาลทั่วไป แต่ถ้าคู่ความเป็นไทยพุทธหรือคดีประเภทอื่น ศาลทั่วไปจะเป็นผู้ชำระและตัดสินคดีตามกฎหมายบ้านเมือง

ในระยะนี้เจ้าเมืองมีอำนาจในการตัดสินคดีต่างๆ ตามกฎหมายประเพณีอิสลาม ซึ่งมีอำนาจเต็มทั้งในด้านข้อกฎหมาย กระบวนพิจารณาและข้อเท็จจริง

(ข) **การใช้กฎหมายอิสลามในระยะหลัง** การใช้กฎหมายอิสลามในระยะหลังนี้มีการประกาศใช้กฎข้อบังคับสำหรับปกครองบริเวณ 7 หัวเมือง ร.ศ.120 และต่อมาในรัชกาลที่ 6 ได้มีการขยายขอบเขตการใช้กฎหมายอิสลามครอบคลุมถึงจังหวัดสตูล เมื่อ พ.ศ. 2460 และส่งผลทำให้มีการจัดทำกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกขึ้นมาเป็นคู่มือสำหรับการพิพากษาตามกฎหมายอิสลามเป็นครั้งแรกในประเทศไทย

เมื่อมีการประกาศใช้กฎข้อบังคับสำหรับปกครองบริเวณ 7 หัวเมือง ร.ศ.120 นั้น การใช้กฎหมายอิสลามในระยะนี้ เป็นไปตามความในกฎข้อบังคับสำหรับปกครองบริเวณ 7 หัวเมือง ร.ศ.120 ข้อที่ 32 ที่ให้เป็นอำนาจของผู้พิพากษากฎหมายอิสลามที่เรียกว่า “กอฎี” ในภาษาอาหรับและภาษามลายู แต่ในภาษามลายูจะมีการเพิ่มคำว่า “โต๊ะ” นำหน้า ซึ่งเป็นคำที่บ่งบอกถึงการให้เกียรติ เรียกกันว่า โต๊ะกอฎี แต่มีการเพี้ยนคำ ในกฎข้อบังคับสำหรับปกครองบริเวณ 7 หัวเมือง ร.ศ.120 ข้อที่ 32 เรียกว่า “โต๊ะกาลี” ในสารตราของเสนาบดีกระทรวงยุติธรรม ที่ 30/4353 วันที่ 24 กันยายน พ.ศ. 2460 เรียกว่า “โต๊ะกาซี” และ “โต๊ะกอฎี” อย่างไรก็ตาม สารตราของเสนาบดีกระทรวงยุติธรรม ที่ 30/4353 นี้ ระบุว่าให้ใช้ “ลัทธิประเพณีอิสลาม” บังคับแก่ข้อพิพาทและกำหนดให้เรียกตุลาการผู้พิจารณาและตัดสินคดีความตามกฎหมายอิสลามว่า “ดะโต๊ะยุติธรรม”

แทน เทียบคำ "เสนายุติธรรม" ในมณฑลพายัพ และกำหนดให้มีหน้าที่เป็นผู้พิจารณาและตัดสินคดีความตามกฎหมายอิสลาม[1]

ข้อบังคับสำหรับปกครองบริเวณ 7 หัวเมือง ร.ศ. 120 ได้ประกาศใช้เมื่อวันที่ 10 ธันวาคม ร.ศ. 120 หรือ พ.ศ. 2444 ซึ่งนับว่าเป็นกฎหมายของรัฐฉบับแรกที่ได้กำหนดรูปแบบการใช้กฎหมายอิสลามเอาไว้อย่างชัดเจน คือ[2]

ก) ก่อตั้งศาลขึ้นเพื่อพิจารณาคดีตามตัวบทกฎหมายทั่วๆไปโดยอยู่ภายใต้การดูแลของเสนาบดีกระทรวงมหาดไทย

ข) กำหนดให้ใช้กฎหมายอาญาและแพ่งมาบังคับใช้บริเวณ 7 หัวเมืองเหมือนส่วนอื่นๆของประเทศ เว้นแต่คดีแพ่งที่เกี่ยวด้วยครอบครัวมรดก

ค) คดีแพ่งที่เกี่ยวด้วยครอบครัวมรดกที่ใช้กฎหมายอิสลาม ได้แก่คดีแพ่งที่เกี่ยวด้วยครอบครัวมรดกที่ผู้นับถือศาสนาอิสลามเป็นทั้งโจทก์จำเลยหรือเป็นจำเลย

ง) มีโต๊ะกอฎีซึ่งเป็นผู้เชี่ยวชาญในกฎหมายอิสลามเป็นผู้ตัดสิน ซึ่งเดิมก่อนประกาศใช้กฎข้อบังคับสำหรับปกครอง บริเวณ 7 หัวเมือง ร.ศ. 120 นั้น การใช้กฎหมายอิสลามยังไม่มีขอบเขตที่แน่นอน เป็นเพียงแต่รัฐได้ยอมให้เจ้าเมืองนำเอากฎหมายอิสลามพิจารณาตัดสินคดีที่เกี่ยวด้วยลัทธิศาสนาอิสลาม

ในปี พ.ศ.2460 การใช้กฎหมายอิสลามก็มีวิวัฒนาการไปอีกขั้นหนึ่งเมื่อได้มีการขยายขอบเขตการใช้กฎหมายอิสลามให้รวมถึงจังหวัดสตูลและมีการวางระเบียบในการใช้กฎหมายอิสลามอย่างชัดเจนมากขึ้น   ทั้งนี้ สารตราของกระทรวงยุติธรรมที่ 30/4353[3]ลงวันที่ 24 กันยายน

---

[1] กำธร พันธุลาภ, "ดะโต๊ะยุติธรรม", **ดุลพาห**, 5,10 (ตุลาคม 2501) ,2501, 638.

[2] พิพัฒน์ จักรางกูร, เรื่องเดิม, 45

[3] โปรดดู พิพัฒน์ จักรางกูร, เรื่องเดิม,   47-49 ซึ่งอ้างสารตรามหาอำมาตย์เอก เจ้าพระยาอภัยราชมหายุติธรรม เสนาบดีกระทรวงยุติธรรม ถึงนายพลโทพระยาสุรินทราชา สมุหเทศาภิบาลสำเร็จราชการมณฑลภูเก็ต ความว่า "ด้วยมีพระบรมราชโองการดำรัสเหนือเกล้า ฯ สั่งว่าสตูลมีราษฎรพลเมืองเป็นผู้ถือลัทธิศาสนาอิสลามอาศัยอยู่เป็นจำนวนมาก มีพระราชประสงค์จะทำนุบำรุงให้ได้บำเพ็ญลัทธิศาสนานั้นโดยเสมอภาคโดยมิได้ลำเอียงดังนี้ เป็นพระราชกรณีจำนงสืบมาแต่โบราณ   มหากษัตริย์จึงได้มีพระราชบัญญัติไว้ว่า ถ้าบุคคลผู้ถือศาสนาอิสลามพิพาทด้วยความแพ่งลักษณะผัวเมียและทรัพย์มรดกให้ตุลาการพึงพิจารณาและบังคับตัดสินคดี โดยลัทธิประเพณีอิสลามตามคัมภีร์โกหร่านพระมะหะหมัดนั้นดังปรากฏในกระทรวง หลวงภักดีวิจารณ์ตุลาการ กรมท่าขวาขึ้นแต่จุฬาราชมนตรีนั้นสืบมา และมุสลิมนิยมเป็นกระบวนพิจารณาความแพ่งได้โปรดเกล้าให้ขยายออกมาบังคับใช้ทั่วพระราชอาณาเขตคาบสมุทรมลายูปักษ์ใต้ ซึ่งมีราษฎรพลเมืองนับถือลัทธิอิสลามอยู่หนาแน่น ให้ตั้งตำแหน่งดาโต๊ะกาฑีเป็นผู้บังคับคดีตามประเพณีนิยมนั้น พระราชบัญญัตินี้ให้คงรักษาไว้มิให้เพิกถอน ควรแต่จะผันผ่อนวางวิธีเลือกสรรตั้งตำแหน่งกาฑีให้ลงเป็นระเบียบ ดังนี้ คือ

พ.ศ. 2460 ดำเนินการตามกระแสพระบรมราชโองการให้ขยายขอบเขตการใช้กฎหมายอิสลามรวมไปถึงจังหวัดสตูล และสารตราฉบับนี้ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการใช้กฎหมายอิสลามเอาไว้ ดังนี้

1. กำหนดตำแหน่งตุลาการฝ่ายอิสลามให้เรียกว่าดะโต๊ะยุติธรรม มีหน้าที่เป็นผู้ปรับบทกฎหมายอิสลามเป็นตุลาการ บังคับคดีแพ่งว่าด้วยครอบครัวและมรดกตามกฎหมายอิสลามเทียบอำนาจศาลแขวงในพระธรรมนูญศาลยุติธรรม มาตรา 25

2. กำหนดคุณสมบัติของผู้ที่จะดำรงตำแหน่งดะโต๊ะยุติธรรมไว้ว่า ต้องเป็นผู้ที่ประชาชนอิสลามนับถือ เป็นผู้กอปรด้วยวัยวุฒิควรแก่การเคารพนับถือในฐานะผู้ใหญ่ มีความรอบรู้ ในหลักกฎหมายอิสลาม และมีความจงรักภักดีต่อแผ่นดิน เป็นตุลาการพิจารณาคดีแพ่งประเพณีอิสลาม ซึ่งเดิมตามกฎข้อบังคับสำหรับปกครองบริเวณ 7 หัวเมืองได้กำหนดคุณสมบัติของผู้ที่จะมาดำรงตำแหน่งดะโต๊ะยุติธรรมเพียงแต่เป็นผู้นับถือศาสนาอิสลามและรู้กฎหมายอิสลามก็พอแล้ว

3. การใช้กฎหมายอิสลามมีเขตอำนาจพิจารณาคดี เฉพาะคดีแพ่งลักษณะผัวเมียและมรดก โดยดะโต๊ะยุติธรรมที่ตัดสินนั้นต้องลงชื่อในการพิพากษา 2 คน หรือพร้อมกับผู้พิพากษาศาลจังหวัดรวมเป็น 2 คน

ข้อ 1 โต๊ะกาฬีผู้ปรับบทโกหร่านได้สมมตินิยามของราษฎรชาวอิสลามในแขวงนั้น เป็นกอปรด้วยวัยวุฒิควรแก่เคารพนับถือในฐานะผู้ใหญ่ เป็นผู้กอปรด้วยวุฒิสามารถในคัมภีร์โกหร่านโดยสมควรเป็นผู้มีน้ำใจรักต่อใต้ฝ่าละอองธุลีพระบาท และสมัครภักดีต่อราชการของพระเจ้าอยู่หัว ดังนี้ เป็นลักษณะสำคัญที่พระยาสมุหเทศาภิบาลมีใบบอกเข้าไปว่า ได้ปรึกษาหารือพร้อมด้วยผู้ว่าราชการจังหวัดเห็นว่า หะยีเด็น 1 หะยียัน 1 กอปรด้วยคุณวุฒิสามารถเป็นที่ประชาชนพลเมืองนิยมนับถือเป็นอันมากเห็นปานดังนั้น สมควรที่จะเลือกสรรเอาขึ้นตั้งไว้ในหน้าที่ตุลาการฝ่ายอิสลามได้นั้น ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ พระราชทานพระบรมราชานุญาตแล้ว

ข้อ 2 แต่นี้สืบไปให้เรียกตำแหน่งตุลาการนี้ว่า ดะโต๊ะยุติธรรม เทียบคำเสนายุติธรรมในมณฑลพายัพมีหน้าที่เฉพาะเป็นการปรับบทโกหร่าน เป็นตุลาการบังคับแห่งประเพณีอิสลามเทียบอำนาจศาลแขวงในพระธรรมนูญศาลยุติธรรม มาตรา 25 อยู่ในบังคับบัญชาของศาลมณฑลภูเก็ตได้ครอบงำทั่วไป

ข้อ 3 อำนาจดะโต๊ะยุติธรรมนี้ได้จำกัดว่า บังคับได้แต่คดีผู้นับถือศาสนาอิสลาม พิพาทกันด้วยความแพ่งลักษณะผัวเมียและทรัพย์มรดก อันจะพึงบทโกหร่านขึ้นปรับโดยชอบด้วยขบวนพิจารณานอกจากที่จะว่ากล่าวเปรียบเทียบคดีนั้นๆ ให้ดะยุติธรรมทำคำตัดสินลงชื่อแต่สองนาย หรือพร้อมด้วยผู้พิพากษาศาลจังหวัดรวมเป็น 2 นาย จึงบังคับเป็นคำพิพากษาคดีแห่งประเพณีอิสลามได้ และคู่ความพึงอุทธรณ์คดีได้เป็นลำดับตามพระราชกำหนดกฎหมายให้พระยาสมุรินทราชากับพระทิพย์ศาสตร์ราชสภาบริราชการตามกระแสพระบรมราชโองการนี้”

4. คดีที่จะต้องบังคับตามหลักกฎหมายว่าด้วยครอบครัวมรดกนั้น คู่ความจะต้องนับถือศาสนาอิสลามซึ่งเดิมตามกฎข้อบังคับสำหรับปกครองบริเวณเจ็ดหัวเมืองนั้นเพียงแต่คู่ความที่จะเป็นจำเลยนับถือศาสนาอิสลามก็สามารถบังคับตามประเพณีอิสลามได้[1]

การใช้กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก ซึ่งจะต้องนำมาใช้แทนบทบัญญัติแห่งกฎหมายผัวเมียและมรดกซึ่งใช้บังคับอยู่ในเวลานั้นจำเป็นต้องศึกษาจากตำรากฎหมายอิสลาม ซึ่งแต่เดิมมามีเป็นภาษามาลายู และภาษาอาหรับ ทำให้ไม่สะดวกแก่การวินิจฉัยชี้ขาดคดี เพื่อแก้ข้อขัดข้องนี้ ในปี พ.ศ. 2472 กระทรวงยุติธรรมจึงได้จัดทำกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกขึ้นและแล้วเสร็จในปี พ.ศ.2484 โดยได้ใช้สืบมาหลังประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 และบรรพ 6 เมื่อ พ.ศ. 2477 โดยพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายกำหนดว่าบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายดังกล่าว ไม่กระทบกระเทือนถึงกฎข้อบังคับสำหรับปกครองบริเวณ 7 หัวเมือง ร.ศ. 120 กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกนี้ เรียกว่า "หลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก" และได้พิมพ์แจกจ่ายให้แก่ศาลที่ต้องใช้ทุกศาลและให้ถือฉบับนั้นเป็นหลัก ในการนี้ได้ให้ดะโต๊ะยุติธรรมและผู้ร่วมการประชุมจัดทำร่วมกันลงนามไว้ว่า เมื่อมีคดีเกิดขึ้นดะโต๊ะยุติธรรมจะชี้ขาดบังคับคดีตามหลักกฎหมายอิสลามที่รวบรวมไว้นี้ตลอดไป หากมีปัญหาใดซึ่งไม่มีกล่าวไว้ในหลักกฎหมายนี้จะบังคับได้ก็ให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับเท่าที่ไม่ขัดแย้งกับหลักกฎหมายนี้ และเมื่อดะโต๊ะยุติธรรมเข้ารับหน้าที่ใหม่ก็ได้ถือเป็นระเบียบว่าจะต้องให้ผู้ที่ได้รับแต่งตั้งใหม่รับรองคำแปลหลักกฎหมายอิสลามดังกล่าวนี้ไว้เป็นหลักฐานว่า จะใช้คำแปลหลักกฎหมายนั้น เป็นหลักวินิจฉัยข้อพิพาทในคดีอันเกี่ยวด้วยครอบครัวและมรดกจะไม่นำตำราอื่นมาใช้บังคับแก่คดีดังกล่าวแล้วเป็นอันขาด

กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกดังกล่าว ได้ตรวจชำระและจัดพิมพ์เสร็จเมื่อ พ.ศ. 2484 แต่เนื่องจากในปี พ.ศ. 2485 มีการดำเนินนโยบายรัฐนิยม รัฐบาลได้ตราพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติให้ใช้พระราชบัญญัติ บรรพ 5 และบรรพ 6 ซึ่งเป็นผลให้ยกเลิกใช้กฎหมายอิสลามอันเกี่ยวกับครอบครัวและมรดกใน 4 จังหวัด ภาคใต้ ฉะนั้นความจำเป็นที่จะต้องมีกฎหมายอิสลามจึงเป็นอันระงับไป จนกระทั่งถึงพ.ศ. 2489 หลังสงครามโลกสิ้นสุดลงสถานการณ์เปลี่ยนไป จึงได้มีประกาศพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลาและสตูล พ.ศ.2489 แล้วจึงได้มีคำสั่งกระทรวงยุติธรรมให้ถือกฎหมายอิสลามฉบับ "หลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก" นั้นเป็นหลักบังคับคดีอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกต่อมาจนบัดนี้

---

[1] กำธร พันธุลาภ, เรื่องเดิม, หน้า637-638.

4.1.2.3 การใช้กฎหมายอิสลามในปัจจุบัน

ในคราวที่มีการประกาศใช้กฎหมายแพ่งพาณิชย์ บรรพ 5 และบรรพ 6 ในปี พ.ศ. 2477 นั้น รัฐบาลมีนโยบายที่จะให้ประชาชนใน 4 จังหวัดภาคใต้ ได้ปฏิบัติศาสนกิจให้เป็นไปตามลัทธิศาสนาอิสลาม จึงได้ยกเว้นไม่ให้นำเอาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 และ บรรพ 6 มาบังคับใช้ใน 4 จังหวัดภาคใต้ ดังปรากฏตามพระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติ บรรพ 5 มาตรา 6[1] และพระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติ บรรพ 6 มาตรา 4[2]ทำให้การใช้กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่กระทบกระเทือนข้อบังคับสำหรับปกครองบริเวณ 7 หัวเมือง ร.ศ. 120 ในส่วนที่เกี่ยวกับครอบครัวและมรดก ซึ่งหมายความว่า แม้จะได้ประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 และ บรรพ 6 ก็ตาม การพิจารณาคดีที่เกี่ยวด้วยครอบครัวและมรดก ที่คู่ความนับถือศาสนาอิสลามก็ต้องเป็นไปตามกฎข้อบังคับสำหรับปกครองบริเวณ 7 หัวเมือง เช่นเดิม

ในปี พ.ศ. 2486 ซึ่งอยู่ในช่วงระหว่างสงครามโลกครั้งที่ 2 ในระหว่างนั้นรัฐได้ใช้นโยบายรัฐนิยมและชาตินิยม จึงได้ตราพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติ บรรพ 6 โดยรัฐบาลเห็นว่าสมควรจะได้ขยายบทบัญญัติบรรพ 5 และบรรพ 6 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ให้ทั่วถึง เพื่อความมั่นคงและวัฒนธรรมของชาติ[3] โดยมาตรา 3 ของพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติบรรพ 5 ได้ยกเลิกมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติบรรพ 5 และมาตรา 3 ของพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติ บรรพ 6 ได้ยกเลิกมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติ บรรพ 6 ส่งผลให้มีการยกเลิกการใช้กฎหมายอิสลามที่เกี่ยวกับครอบครัวและมรดกและยกเลิกอำนาจและหน้าที่ของดะโต๊ะยุติธรรม ตั้งแต่นั้นมาประชาชนชาวมุสลิมทั้งหมดต้องอยู่ภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวและมรดก เช่นเดียวกับประชาชนทั้งประเทศ

เมื่อสิ้นสงครามโลกครั้งที่ 2 อังกฤษในฐานะผู้ชนะสงครามเริ่มเข้ามามีบทบาทต่อปัญหาความขัดแย้งในภูมิภาคจังหวัดชายแดนภาคใต้ยิ่งขึ้นและสถานการณ์ทางด้านการเมืองในจังหวัดชายแดนภาคใต้ก็อยู่ในภาวะหัวเลี้ยวหัวต่อ ประกอบกับจอมพล ป. พิบูลสงครามได้หมดอำนาจลงพร้อมกับแนวความคิดรัฐนิยมและชาตินิยม (รัฐบาลในสมัยสงครามโลกครั้งที่ 2) รัฐบาล

---

[1] มาตรา 6 บทบัญญัติแห่งบรรพนี้ ไม่กระทบกระเทือนถึงกฎข้อบังคับสำหรับปกครองบริเวณ 7 หัวเมือง ร. ศ. 120 ในส่วนที่เกี่ยวด้วยครอบครัว

[2] มาตรา 4 บทบัญญัติแห่งบรรพนี้ไม่กระทบกระเทือนถึงกฎข้อบังคับสำหรับปกครองบริเวณ 7 หัวเมือง หัวเมืองในส่วนที่เกี่ยวกับมรดก

[3] โปรดดู คำปรารภของพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติ บรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พุทธศักราช 2477 พุทธศักราช 2486 และทำนองเดียวกันในกรณีของบรรพ 6.

ใหม่จึงได้ดำเนินนโยบายเพื่อจะกอบกู้สถานการณ์ที่เลวร้ายนั้นให้ดีขึ้น โดยตราพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการศาสนูปถัมภ์ฝ่ายอิสลาม พ.ศ. 2488 ขึ้น และต่อมาจึงได้ประกาศใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลาและสตูล พ.ศ.2489 ซึ่งมีผลใช้บังคับสืบมาจนกระทั่งปัจจุบัน

พระราชบัญญัติดังกล่าวนับเป็นกฎหมายเพียงฉบับเดียวของไทยที่วางบทบัญญัติเกี่ยวกับการใช้กฎหมายอิสลามโดยกำหนดให้ใช้กฎหมายอิสลามในการวินิจฉัยชี้ขาดคดีแพ่งเกี่ยวด้วยเรื่องครอบครัวและมรดกของอิสลามศาสนิกในจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลาและสตูล ซึ่งอิสลามศาสนิกเป็นทั้งโจทก์ จำเลย หรือเป็นผู้เสนอคำขอในคดีไม่มีข้อพิพาท ให้ใช้กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกบังคับแทนบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยการนั้น โดยมีดะโต๊ะยุติธรรม เป็นผู้ชี้ขาดข้อกฎหมายอิสลาม

พระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลาและสตูล พ.ศ. 2489 นั้นเป็นกฎหมายให้ใช้กฎหมายอิสลาม แต่กฎหมายอิสลามที่ใช้นั้น ก็เป็นไปตามที่รวบรวมไว้ในคู่มือกฎหมายอิสลาม ดังรายละเอียดที่จะกล่าวถึงในหัวข้อ 4.3 พระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี ยะลา นราธิวาส และสตูล พ.ศ. 2489 และหัวข้อ 4.4 คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกต่อไป

บทบัญญัติของพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามฯ นั้น ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์ว่า ยังขาดรายละเอียดที่เป็นสาระสำคัญสำหรับการใช้กฎหมายอิสลามอยู่มาก เป็นเหตุให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติ เนื่องจากเจ้าหน้าที่ของรัฐเห็นว่า ตนไม่มีอำนาจรับรองสิทธิอันเกิดจากสถานะทางครอบครัวตามกฎหมายอิสลามได้ เพราะกฎหมายกำหนดให้เป็นอำนาจชี้ขาดเฉพาะของดะโต๊ะยุติธรรม เมื่อมีปัญหาโต้แย้งเกี่ยวกับสิทธิของบุคคลตามกฎหมายอิสลาม เจ้าหน้าที่ของรัฐจึงมักบ่ายเบี่ยงให้ไปดำเนินคดีหรือยื่นคำร้องต่อศาลเสียก่อน ดังนั้นกระทรวงยุติธรรมจึงได้จัดให้มีการสัมมนาการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลาและสตูลขึ้น ระหว่างวันที่ 13-14 มีนาคม 2525 ณ หอประชุมเทศบาลเมืองหาดใหญ่ จังหวัดสงขลา โดยมีเหตุผลว่านับตั้งแต่มีพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลาและสตูล ตั้งแต่ พ.ศ. 2489 เป็นต้นมา จนถึงปัจจุบัน เป็นเวลา 35 ปีแล้ว ยังไม่เคยมีหน่วยราชการใดหรือสถาบันใดจัดให้มีการประชุม หรือสัมมนาเกี่ยวกับการใช้กฎหมายฉบับดังกล่าวนี้เลย ซึ่งเป็นเหตุให้มีปัญหาต่างๆ ในการปฏิบัติของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเกิดขึ้นเนืองๆ

ต่อมาคณะรัฐมนตรีได้แต่งตั้งคณะกรรมการพิจารณาข้อเสนอแนะจากการสัมมนาการใช้กฎหมายอิสลาม โดยให้คณะกรรมการดังกล่าว มีอำนาจหน้าที่พิจารณาข้อเสนอแนะจากการสัมมนาการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลาและสตูล และเสนอ

ปรับปรุงแก้ไขกฎหมายรวมทั้งระเบียบข้อบังคับ ตลอดจนข้อขัดข้องในการปฏิบัติงานในส่วนราชการต่างๆ ที่เกี่ยวกับการใช้กฎหมายอิสลาม ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความมั่นคงภายในชาติสืบไป[1]

ผลสรุปของการสัมมนาดังกล่าวมาข้างต้นนั้น จำกัดอยู่แต่เฉพาะกรณีการแก้ไขปัญหาในทางปฏิบัติที่มุ่งถึงการแก้ไขปัญหาเฉพาะหน้าในการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ของรัฐเกี่ยวกับการใช้กฎหมายอิสลาม ในกรณีที่มีการขัดแย้งกับหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายอาญา หรือกฎหมายอื่น ซึ่งเป็นปัญหาเพียงเปลือกผิว ส่วนรากเหง้าของปัญหาที่แท้จริงยังมิได้รับการแก้ไข นั่นคือปัญหาความเข้าใจในสถานะของกฎหมายอิสลามในระบบกฎหมายไทยซึ่งนำไปสู่ปัญหาการใช้กฎหมายอิสลามให้มีผลบังคับนอกศาล ที่ประชุมสัมมนาส่วนใหญ่เห็นว่ายังไม่สมควรใช้กฎหมายอิสลามบังคับนอกศาล เนื่องจากบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ให้ความเป็นธรรมอย่างดีแล้ว และแม้ต่อมาจะได้มีการเสนอปัญหานี้ต่อคณะกรรมการกฤษฎีกา (ที่ประชุมใหญ่กรรมการร่างกฎหมาย) คณะกรรมการกฤษฎีกาฝ่ายข้างมากก็เห็นว่ากฎหมายอิสลามไม่มีผลบังคับทั่วไปตลอดเขตแดน 4 จังหวัดภาคใต้[2] (ดังจะได้กล่าวต่อไปในข้อ 4.3.11) ปัญหาการขยายขอบเขตบังคับใช้กฎหมายอิสลามให้ครอบคลุมจังหวัดอื่นนอกเขต 4 จังหวัดภาคใต้ ที่ประชุมสัมมนาส่วนใหญ่พิจารณาว่า ยังไม่สมควรขยายขอบเขตการใช้กฎหมายฉบับนี้ไปยังจังหวัดอื่น ปัญหาเรื่องจำเลยที่เป็นมุสลิมย้ายภูมิลำเนาออกจากเขต 4 จังหวัดภาคใต้เพื่อหลีกเลี่ยงไม่ใช้กฎหมายอิสลามในการวินิจฉัยชี้ขาด เนื่องจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 4 บัญญัติให้ฟ้องจำเลยตามภูมิลำเนาของจำเลย เมื่อจำเลยย้ายออกจากเขต 4 จังหวัดภาคใต้ จึงฟ้องที่ศาลในเขต 4 จังหวัดภาคใต้ไม่ได้ ในเรื่องนี้ที่ประชุมสัมมนามิได้พิจารณา แต่มอบให้กระทรวงยุติธรรมเป็นผู้ดำเนินการหาทางแก้ไขปัญหาต่อไป

ปัญหาอายุความมรดกที่กำหนดให้ใช้อายุความ 1 ปี ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1754 ไม่ตรงกับอายุความมรดกของกฎหมายอิสลาม แต่ที่ประชุมสัมมนาเห็นควรให้ใช้บทบัญญัติเรื่องอายุความตามที่กำหนดไว้เดิมไปก่อน เพราะเป็นบทบัญญัติที่ยังเหมาะสมอยู่[3]

ปัญหาการอุทธรณ์ ฎีกา คำวินิจฉัยชี้ขาดของดะโต๊ะยุติธรรม ไม่อาจกระทำได้ เพราะตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลาม มาตรา 4 บัญญัติว่า “คำวินิจฉัยชี้ขาดของ

---

1 หนังสือกระทรวงยุติธรรม ที่ ยธ 0401/5242 เรื่อง คณะกรรมการพิจารณาข้อเสนอแนะจากการสัมมนาการใช้กฎหมายอิสลาม ลงวันที่ 26 เมษายน 2525.

2 คณะกรรมการกฤษฎีกา, บันทึก เรื่องเสร็จที่ 301/2526 เรื่องการตีความพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ. 2489

3 กระทรวงยุติธรรม, การสัมมนาการใช้กฎหมายอิสลาม, 2525, 133-135

ดะโต๊ะยุติธรรม ในข้อกฎหมายอิสลามให้เป็นอันเด็ดขาดในคดีนั้น” ที่ประชุมสัมมนาส่วนใหญ่เห็นว่า ควรแก้ไขกฎหมายให้สามารถอุทธรณ์ ฎีกาคำวินิจฉัยชี้ขาดของดะโต๊ะยุติธรรมในข้อกฎหมายได้ ในขณะที่อีกส่วนหนึ่งเห็นว่าควรลดขั้นตอนของการอุทธรณ์ฎีกา โดยอุทธรณ์ไปยังศาลอุทธรณ์เป็นอันถึงที่สุด หรืออุทธรณ์ไปยังศาลฎีกาโดยตรงเช่นเดียวกับศาลแรงงานกลาง และบางท่านกลับเห็นว่าไม่ควรให้มีการแก้ไขเพราะอาจขัดกับหลักกฎหมายอิสลาม[1]

ปัญหาเรื่องจำเลยที่เป็นมุสลิมย้ายภูมิลำเนาออกจากเขต 4 จังหวัดภาคใต้ เพื่อหลีกเลี่ยงไม่ใช้กฎหมายอิสลาม ก็ยังไม่ได้รับการแก้ไข เรื่องบทบาท ฐานะ และคุณสมบัติของดะโต๊ะยุติธรรม เรื่องบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ใช้บังคับ และวิธีพิจารณาความกฎหมายอิสลาม เหล่านี้เป็นรายละเอียดที่สำคัญซึ่งยังคงเป็นปัญหาสำหรับการใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย ตลอดองค์กรที่เกี่ยวข้องกับการบังคับใช้กฎหมายอิสลามก็ไม่มีการกำหนดชัดเจน ดังที่ สมบูรณ์ พุทธจักร ได้สรุปว่า[2]

> “พระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ. 2489 ยังขาดรายละเอียดต่าง ๆ ที่เป็นโครงสร้างสำหรับการใช้กฎหมายอิสลาม เพียงแต่กำหนดให้ศาลชั้นต้นโดยดะโต๊ะยุติธรรมเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดข้อกฎหมายอิสลาม ไม่ได้กำหนดขอบเขตการใช้กฎหมายอิสลามและวิธีพิจารณาคดีเอาไว้เป็นการเฉพาะ ตลอดจนสถาบันทางศาสนาอื่น ๆ ที่จำเป็นต่อการบริหารกฎหมายอิสลามเหมือนกับประเทศฟิลิปปินส์ สิงคโปร์ จึงก่อให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติ การใช้กฎหมายอิสลามจึงไม่อาจจะสนองตอบนโยบายของรัฐในการพัฒนาจังหวัดชายแดนภาคใต้...”

ในปี พ.ศ. 2547 ความรุนแรงในพื้นที่จังหวัดชายแดนภาคใต้ได้อุบัติขึ้นมาอีกครั้งหนึ่งและเกิดขึ้นต่อเนื่องเป็นระยะเวลานาน รัฐบาลมีนโยบายพัฒนาด้านต่าง ๆ เพื่อนำความสงบกลับคืนมาในเขตพื้นที่ดังกล่าว ส่วนหนึ่งก่อให้เกิดกระแสเรียกร้องการพัฒนาการใช้กฎหมายอิสลามทั้งในด้านสารบัญญัติและวิธีสบัญญัติ โดยสำนักบริหารงานยุติธรรม ศูนย์อำนวยการจังหวัดชายแดนภาคใต้ (ศอ.บต.) ร่วมกับกระทรวงยุติธรรมจัดโครงการประชุมเชิงปฏิบัติการ เพื่อรับฟังความคิดเห็นเกี่ยวกับรูปแบบที่เหมาะสมในการดำเนินคดีครอบครัวและมรดกตามหลักศาสนาอิสลามในจังหวัดชายแดนภาคใต้ เมื่อวันที่ 28 พฤษภาคม 2550 ณ โรงแรม ซี เอส ปัตตานี

---

[1] กระทรวงยุติธรรม, เรื่องเดิม, หน้า134.

[2] สมบูรณ์ พุทธจักร, การใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล, วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, พ.ศ. 2529 หน้า 199.

ที่ประชุมได้มีฉันทานุมัติให้กระทรวงยุติธรรมเป็นผู้รับผิดชอบในการจัดตั้งคณะทำงานเพื่อพัฒนาระบบการบังคับใช้กฎหมายอิสลาม และนำไปสู่การจัดทำร่างข้อบัญญัติว่าด้วยครอบครัวและมรดกในเวลาต่อมา แล้วเสร็จเมื่อวันที่ 3 กุมภาพันธ์ 2552

ในปี พ.ศ. 2552 สภาที่ปรึกษาเสริมสร้างสันติสุข จังหวัดชายแดนภาคใต้ (สสต.) คณะกรรมการยุติธรรม ความเสมอภาคและความมั่นคง ผู้ทรงคุณวุฒิด้านกฎหมาย ผู้บริหารระดับสูง ศอ.บต. ได้เดินทางไปศึกษาดูงานการใช้กฎหมายอิสลามในประเทศศรีลังกา และประเทศอียิปต์ ในระหว่างวันที่ 11 – 19 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2552 โดยเฉพาะในประเทศศรีลังกา ซึ่งเป็นต้นแบบของเมืองพุทธที่มีมุสลิมอยู่ร่วมกันอย่างสันติ มีบริบททางสังคมที่คล้ายคลึงกับประเทศไทย มีการจัดทำประมวลกฎหมายที่เรียกว่า Code of Muhammadan Law โดยในขั้นแรกให้ใช้บังคับเฉพาะในโคลัมโบ ในปี ค.ศ. 1806 และต่อมาได้ขยายการบังคับใช้ออกไปทั่วประเทศในปี ค.ศ. 1852[1]

ศูนย์อำนวยการบริหารจังหวัดชายแดนภาคใต้ (ศอ. บต.) ได้จัดโครงการสัมมนาเชิงปฏิบัติการการพัฒนาแนวทางการบังคับใช้ ป.พ.พ. ว่าด้วยครอบครัวและมรดก และกฎหมายที่เกี่ยวข้องอื่น ๆ กับชาวไทยมุสลิม เมื่อวันที่ 19 มีนาคม 2552 ณ หอประชุมสำนักงานอธิการบดี มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์ วิทยาเขตปัตตานี อำเภอเมือง จังหวัดปัตตานี โดย ดร.อาลี โกมาร์ โมฮำเหม็ด อับเดล วาฮับ ผู้ชี้ขาดทางศาสนาอิสลาม ประเทศสาธารณรัฐอาหรับอียิปต์ เป็นผู้บรรยายพิเศษ เรื่อง การใช้กฎหมายอิสลามในประเทศอียิปต์[2] และได้มีการสานเสวนาการสร้างความเข้าใจและการผลักดันให้มีการบังคับใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย การสัมมนาในครั้งนี้มีข้อเสนอเพื่อนำไปสู่การพัฒนาการใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทยหลายประการ ได้แก่

(1) ควรให้มีการแต่งตั้งคณะกรรมการยกร่างกฎหมายอิสลาม ซึ่งประกอบด้วยผู้มีความรู้ทั้งในด้านนิติศาสตร์ไทยและนิติศาสตร์อิสลาม พร้อมทั้งผู้ทรงคุณวุฒิด้านกฎหมายอิสลาม โดยมีหน้าที่แก้ไข พ.ร.บ.ว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ. 2489 และจัดทำร่างประมวลกฎหมายว่าด้วยครอบครัวและมรดกอิสลามเป็นภาษาไทยด้วย

(2) ควรจัดตั้งศาลศาสนาอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกเป็นแผนกหนึ่งในศาลจังหวัด เนื่องจากหลักกฎหมายอิสลามเป็นธรรมนูญแห่งชีวิตที่มุสลิมทุกคนต้องปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัด และเพื่อให้เกิดความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญ หรือในเบื้องต้นอาจจัดตั้งเฉพาะใน

---

[1] ศูนย์อำนวยการบริหารจังหวัดชายแดนภาคใต้, เรื่องเดิม, หน้า 15-16.

[2] ศูนย์อำนวยการบริหารจังหวัดชายแดนภาคใต้, เรื่องเดียวกัน.

จังหวัดชายแดนภาคใต้และในภาคอื่น ๆ ให้จัดตั้งในศาลจังหวัดใหญ่ ๆ มีอำนาจหน้าที่ครอบคลุมจังหวัดใกล้เคียง

(3) ควรจัดตั้งคณะกรรมการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท หรือคณะอนุญาโตตุลาการในระดับมัสยิด หรือคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดโดยให้มีกฎหมายรองรับอย่างเป็นทางการ[1]

ต่อมา ในเดือนสิงหาคม พ.ศ. 2552 มีการเสนอร่างพระราชบัญญัติการใช้กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวมรดกและการพิจารณาคดี เข้าสู่การพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎร 3 ฉบับ เพื่อปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล ได้แก่ ร่างพระราชบัญญัติฯที่เสนอโดยนายฮอซาลี ม่าเหร็มกับคณะ ร่างพระราชบัญญัติฯ ที่เสนอโดยนายนัจมุดดีน อูมากับคณะ และร่างพระราชบัญญัติฯที่เสนอโดยนายวิรัตน์ กัลยาศิริกับคณะ ในการนี้ สำนักเลขาธิการนายกรัฐมนตรี ได้มีหนังสือ ด่วนมาก ที่ นร 0404/11789 ลงวันที่ 11 พฤศจิกายน 2552 ถึงสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ขอความคิดเห็นเกี่ยวกับ “ร่างพระราชบัญญัติการใช้กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวมรดกและการพิจารณาคดี พ.ศ. ....” ทั้ง 3 ฉบับดังกล่าว เพื่อเป็นข้อมูลในการประกอบการพิจารณาให้คำรับรองของนายกรัฐมนตรี แต่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาพิจารณาเห็นว่า ร่างพระราชบัญญัติทั้ง 3 ฉบับนั้น สร้างภาระงบประมาณแก่รัฐอย่างมากในด้านบุคลากรและสถานที่ เนื่องจากทั้ง 3 ร่าง ได้มีการเพิ่มเติมการจัดตั้งแผนกคดีครอบครัวและมรดกขึ้นในศาลจังหวัดทุกแห่งและศาลฎีการวมทั้งองค์คณะที่เพิ่มขึ้น นอกจากนั้น ร่างพระราชบัญญัติที่เสนอยังไม่ได้รับฟังความคิดเห็นของหน่วยงานต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ ศาลยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม สำนักงบประมาณ กระทรวงการคลัง สำนักงาน กพ. สำนักงาน กพร. ทั้งยังไม่ได้รับฟังความคิดเห็นจากมุสลิมและองค์กรที่เกี่ยวกับอิสลาม เช่น คณะกรรมการกลางอิสลามแห่งประเทศไทย ตามพระราชบัญญัติการบริหารองค์กรศาสนาอิสลาม พ.ศ. 2540 ดังนั้น สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เห็นว่า นายยกรัฐมนตรียังไม่สมควรให้คำรับรองร่างพระราชบัญญัติทั้ง 3 ฉบับดังกล่าว

4.2 สิทธิเสรีภาพในการใช้กฎหมายอิสลามภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับต่าง ๆ รวมถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ฉบับล่าสุด ล้วนให้ความคุ้มครองเสรีภาพในการนับถือศาสนาและการปฏิบัติตามศาสนธรรมศาสนบัญญัติหรือปฏิบัติพิธีกรรมตามความเชื่อถือของตนในศาสนานั้น

---

[1] ศูนย์อำนวยการบริหารจังหวัดชายแดนภาคใต้, อ้างแล้ว, 50 - 70

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 บัญญัติให้ประชาชนชาวไทยทุกศาสนามีความเสมอภาคกันโดยมาตรา 5 บัญญัติว่า ประชาชนชาวไทยไม่ว่าเหล่ากำเนิดเพศหรือศาสนาใดย่อมอยู่ในความคุ้มครองแห่งรัฐธรรมนูญนี้เสมอกัน และ มาตรา 30 บัญญัติว่า

"บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกันชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทีมกัน

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิดเชื้อชาติภาษาเพศอายุความพิการสภาพทางกายหรือสุขภาพสถานะของบุคคลฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคมความเชื่อทางศาสนาการศึกษาอบรมหรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญจะกระทำมิได้

มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่นย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม"

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพ.ศ. 2550 ไม่ได้บัญญัติเรื่องศาสนาประจำชาติ (Religion) แต่ยอมรับว่าศาสนาพุทธเป็นศาสนาของชนชาวไทยส่วนใหญ่ ประหนึ่งว่าเป็นศาสนาของชนชาติ (National Religion) โดยที่มาตรา 79บัญญัติว่า รัฐต้องให้ความอุปถัมภ์และคุ้มครองพระพุทธศาสนาซึ่งเป็นศาสนาที่ประชาชนชาวไทยส่วนใหญ่นับถือมาช้านานและศาสนาอื่นทั้งต้องส่งเสริมความเข้าใจอันดีและความสมานฉันท์ระหว่างศาสนิกชนของทุกศาสนารวมทั้งสนับสนุนการนำหลักธรรมของศาสนามาใช้เพื่อเสริมสร้างคุณธรรมและพัฒนาคุณภาพชีวิต

รัฐธรรมนูญกำหนดให้รัฐมีหน้าที่อุปถัมภ์และคุ้มครองพุทธศาสนาและศาสนาอื่นด้วยวิธีการต่าง ๆเช่นจัดให้มีกรมศาสนามีหน้าที่เกี่ยวกับศาสนาให้เงินอุดหนุนกิจกรรมของกลุ่มศาสนาต่าง ๆจัดตั้งและสนับสนุนสถาบันการศึกษาชั้นสูงทั้งศาสนาพุทธและอิสลามโดยการจัดตั้งมหาวิทยาลัยศาสนาพุทธและสถาบันการศึกษาอิสลาม เช่น มหาวิทยาลัยมหาจุฬาลงกรณ์ราชวิทยาลัย มหาวิทยาลัยมหามกุฏราชวิทยาลัย วิทยาลัยอิสลามศึกษามหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์ สถาบันอิสลามและอาหรับศึกษามหาวิทยาลัยนราธิวาสราชนครินทร์ อุดหนุนโครงการศาสนศึกษาในโรงเรียนรัฐบาลและโรงเรียนเอกชน และการกำหนดให้เงินที่บริจาคให้องค์กรศาสนาสามารถนำมาหักภาษีได้ การยกเว้นภาษีตามความในมาตรา47 (7)[1]ของประมวลรัษฎากรเป็นต้น

---

[1] มาตรา 47 (7) เมื่อได้หักลดหย่อนตาม (1) (2) (3) (4) (5) หรือ (6) แล้วเหลือเท่าใด ให้หักลดหย่อนได้อีกสำหรับเงินบริจาคดังต่อไปนี้โดยให้หักได้เท่าจำนวนที่บริจาค แต่ต้องไม่เกินร้อยละ 10 ของเงินที่เหลือนั้น

(ก) เงินที่บริจาคแก่สถานพยาบาลและสถานศึกษาของทางราชการ

(ข) เงินที่บริจาคเป็นสาธารณประโยชน์แก่องค์การหรือสถานสาธารณกุศล หรือแก่สถานพยาบาลและสถานศึกษาอื่นนอกจากที่กล่าวใน (ก) ทั้งนี้ ตามที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดในราชกิจจานุเบกษา

สำหรับเสรีภาพในการนับถือศาสนาของชนชาวไทยนั้น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 37 บัญญัติว่า บุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ในการถือศาสนา นิกายของศาสนา หรือลัทธินิยมในทางศาสนา และย่อมมีเสรีภาพในการปฏิบัติตามศาสนธรรม ศาสนบัญญัติ หรือปฏิบัติพิธีกรรมตามความเชื่อถือของตน เมื่อไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อหน้าที่ของพลเมือง และไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

ในการใช้เสรีภาพตามวรรคหนึ่ง บุคคลย่อมได้รับความคุ้มครองมิให้รัฐกระทำการใดๆอันเป็นการรอนสิทธิ หรือเสียประโยชน์อันควรมีควรได้ เพราะเหตุที่ถือศาสนานิกายของศาสนาลัทธินิยมในทางศาสนา หรือปฏิบัติตามศาสนธรรมศาสนบัญญัติ หรือปฏิบัติพิธีกรรมตามความเชื่อถือแตกต่างจากบุคคลอื่น

รัฐธรรมนูญรับรองเสรีภาพในการนับถือศาสนา ในทางปฏิบัติกรมการศาสนา ซึ่งสังกัดกระทรวงวัฒนธรรม รับผิดชอบเรื่องการจดทะเบียนองค์กรศาสนาต่างๆ กฎหมายกำหนดว่ากรมการศาสนาจะให้การยอมรับศาสนาใหม่ ถ้าสำมะโนประชากรบ่งชี้ว่า มีผู้นับถือศาสนาดังกล่าว 5,000 คน เป็นอย่างน้อย มีหลักการศาสนาที่มีลักษณะเฉพาะ และได้รับการยอมรับ และไม่ดำเนินกิจกรรมทางการเมือง ในการขอจดทะเบียนองค์กรศาสนานั้นๆ จะต้องได้รับการยอมรับจากกลุ่มศาสนาที่ทางการให้การยอมรับเสียก่อน กลุ่มดังกล่าวมีอยู่ 5 กลุ่ม ซึ่งประกอบไปด้วย กลุ่มพุทธศาสนา กลุ่มมุสลิม คาทอลิก (ซึ่งรวมกลุ่มย่อยของโปรเตสแตนต์อีก 4 กลุ่ม) กลุ่มพราหมณ์-ฮินดู และซิกซ์ การจดทะเบียนขององค์กรศาสนาทำให้ได้สิทธิประโยชน์บางอย่าง เช่นสิทธิในการได้รับเงินอุดหนุนจากรัฐ การยกเว้นภาษีและการพิจารณาออกวีซ่าพิเศษสำหรับเจ้าหน้าที่องค์กรตามระเบียบกรมการศาสนา ว่าด้วยองค์การศาสนาต่างๆ พ.ศ. 2512[1]

---

[1] ระเบียบกรมศาสนา ว่าด้วยองค์การศาสนาต่างๆ พ.ศ. 2512

ข้อ 4 การที่กรมศาสนาจะรับนับถือองค์การใดว่าเป็นองค์การศาสนาในประเทศไทยย่อมต้องพิจารณาในหลักการสำคัญต่อไปนี้ คือ

ก. หลักธรรมคำสอน มีลักษณะเป็นศาสนาหนึ่งต่างหากจากศาสนาอื่นโดยสมบูรณ์ในทางศาสนศาสตร์

ข. ปรากฏในสำมะโนประชากรว่ามีพลเมืองนับถือไม่น้อยกว่าห้าพันคน

ค. คำสอนและวิธีการสอนไม่ขัดต่อรัฐธรรมและกฎหมายแห่งราชอาณาจักรไทย

ง. เป็นกิจการ ทางศาสนาไม่แอบแฝงด้วยลัทธิการเมืองและวัตถุประสงค์ อย่างอื่น

ข้อ 5.การขอจดทะเบียนอยู่ในความอุปถัมภ์ทางราชการ ให้หัวหน้าองค์การใหญ่ทางศาสนานั้นยื่นรายงานต่อกรมการศาสนา พร้อมด้วยเอกสารหลักฐานอันแสดงถึง

ก. วัตถุประสงค์และวิธีดำเนินการ

ข. ความผูกพันที่องค์การนั้นมีอยู่ในต่างประเทศ

ค. บัญชีรายชื่อกรรมการละเจ้าหน้าที่ชั้นผู้ใหญ่ขององค์การ

ง. บัญชีแสดงที่ตั้งองค์การย่อย ศาสนสถาน และสำนักสอนศาสนา

ในกรณีเสรีภาพในการเผยแพร่ศาสนาของผู้เผยแพร่ศาสนาชาวต่างประเทศในประเทศไทย รัฐบาลอนุญาตให้กลุ่มสอนศาสนาต่างชาติดำเนินกิจกรรมได้อย่างเสรีทั่วประเทศ จำนวนนักสอนศาสนาชาวต่างชาติที่จดทะเบียนกับทางการไว้ จะเป็นไปตามโควตาที่กรมการศาสนากำหนดเอาไว้ แต่เดิมใน พ.ศ. 2525 โดยกรมการศาสนาได้วางระเบียบว่าด้วยการเผยแพร่ศาสนาของผู้เผยแพร่ศาสนาชาวต่างประเทศในประเทศไทย ไว้ในระเบียบกรมการศาสนาว่าด้วย การเผยแพร่ศาสนาของผู้เผยแพร่ศาสนาชาวต่างประเทศในประเทศไทย พ.ศ. 2524[1] ดังต่อไปนี้

ข้อ 4. การดำเนินการเผยแพร่ศาสนาต่าง ๆ จะต้องดำเนินการให้เป็นไปด้วยความเรียบร้อย ไม่ขัดต่อระเบียบกฎหมาย ขนบธรรมเนียมประเพณีหรือศีลธรรมอันดีงามของประชาชน

ข้อ 5. การเผยแพร่ศาสนาจะต้องไม่ใช้วิธีการหลอกลวง จ้างวาน จูงใจ ให้รางวัล บังคับ หรือใช้วิธีการใดๆ อันเป็นลักษณะในการแย่งชิงศาสนิกจากนิกายหรือศาสนาอื่น

ข้อ 6. การเผยแพร่ศาสนาจะต้องไม่ใช้วิธีการก้าวร้าวหรือลบลู่ศาสนาอื่น อันจะก่อให้เกิดการแตกความสามัคคีระหว่างชนในชาติ

ข้อ 7. การเผยแพร่ศาสนาจะต้องไม่ใช้วิธีการโฆษณาชวนเชื่ออวดอ้างอภินิหารต่างๆ นอกเหนือไปจากหลักคำสอนทำให้ผู้อื่นหลงเชื่อ หรือใช้วิธีการอื่นใดในทำนองเดียวกัน

ข้อ 8. การเผยแพร่ศาสนา จะต้องดำเนินไปโดยไม่เป็นการริดรอนสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล เช่นส่งเสียงรบกวน เคาะประตูบ้าน ยัดเยียดเอกสาร ยื้อยุดหรือกระทำโดยประการใดให้เกิดความรำคาญแก่บุคคลทั่วไป

ข้อ 9. การเผยแพร่ศาสนาจะต้องเป็นไปเพื่อการส่งเสริมภาษาไทย ทั้งการออกเสียงและการเขียนหนังสือไทย

ข้อ 10. การเผยแพร่ศาสนาจะต้องไม่เป็นไปในลักษณะแต่งกายเลียนแบบพระสงฆ์ไทย อันจะทำให้ผู้อื่นหลงเข้าใจผิด

ข้อ 11. การเผยแพร่ศาสนาจะต้องไม่เกี่ยวข้องกับการเมือง

ข้อ 12. ผู้เผยแพร่ศาสนาต้องสนับสนุนนโยบายของรัฐบาลไทยและทำการเผยแพร่ศาสนาโดยไม่ขัดต่อกฎหมายระเบียบของทางราชการและไม่ขัดต่อผลประโยชน์ของประเทศไทย

จ. รายการอื่น ที่กรมการศาสนาต้องการเมื่ออธิบดีกรมการศาสนาอนุมัติให้รับองค์การนั้นแล้วกรมการศาสนาจะได้ออกประกาศรับไว้เป็นหลักฐาน

[1] ระเบียบกรมการศาสนาว่าด้วยการเผยแพร่ศาสนาของผู้เผยแพร่ศาสนาชาวต่างประเทศในประเทศไทย พ.ศ. 2524

ข้อ 13. ผู้เผยแพร่ศาสนาผู้ใดไม่ปฏิบัติตามระเบียบนี้ กรมการศาสนาจะพิจารณางดการให้ความอุปถัมภ์ และจะแจ้งกองตรวจคนเข้าเมืองกรมตำรวจให้งดการต่อหนังสือเดินทาง หรือให้ออกไปจากประเทศไทย

ส่วนเสรีภาพในการปฏิบัติตามศาสนบัญญัติของศาสนาอิสลามนั้น แม้ว่าประเทศไทยยังมีกรณีปัญหาที่เกี่ยวกับเสรีภาพในการปฏิบัติตามศาสนบัญญัติของศาสนาอิสลามอยู่บ้าง เช่น กรณีการแต่งกายของนักเรียนหญิงที่นับถือศาสนาอิสลามที่ยังคงเป็นปัญหาอยู่บ้าง จนกระทั่งปัจจุบัน แต่โดยทั่วไปรัฐบาลให้เสรีภาพ เช่น การอนุญาตให้สตรีมุสลิมใช้ผ้าคลุมศีรษะขณะสวมเครื่องแบบข้าราชการพลเรือน การอนุญาตให้สตรีมุสลิมใช้ผ้าคลุมศีรษะถ่ายรูปทำบัตรประชาชน ตามหนังสือกรมการปกครอง ที่ มท 0308/ว 2011[1]ระเบียบกระทรวงศึกษาธิการว่าด้วยเครื่องแบบนักเรียนและนักศึกษา (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2540[2] กฎสำนักนายกรัฐมนตรีฉบับที่ 94 (พ.ศ. 2553) ออกตามความในพระราชบัญญัติเครื่องแบบข้าราชการฝ่ายพลเรือนพุทธศักราช 2478[3]

นอกจากนั้น เสรีภาพในการนับถือศาสนาที่เกี่ยวข้องกับมุสลิม ยังรวมไปถึงการส่งเสริมให้มีการบังคับใช้กฎหมายอิสลาม เช่น การตราพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาสยะลา และสตูล พ.ศ. 2489 พระราชบัญญัติการบริหารองค์กรศาสนาอิสลาม พ.ศ. 2540 พระราชบัญญัติธนาคารอิสลามแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2545 และพระราชบัญญัติส่งเสริมกิจการฮัจย์ รวมทั้ง กฎกระทรวง ระเบียบและคำสั่งที่เกี่ยวข้องอีกด้วย เพียงแต่เป็นเสรีภาพที่มีขอบเขตจำกัดตามที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น เช่น การใช้กฎหมายอิสลามเฉพาะเรื่องครอบครัวและมรดกเท่านั้น และจะต้องเป็นมุสลิมที่มีภูมิลำเนาอยู่ในพื้นที่ 4 จังหวัดชายแดนภาคใต้ คือ อยู่ในเขตอำนาจของศาลจังหวัดปัตตานี ศาลจังหวัดนราธิวาส ศาลจังหวัดยะลา ศาลจังหวัดเบตง และศาลจังหวัดสตูล มุสลิมที่อยู่ในจังหวัดอื่นไม่มีสิทธิที่จะร้องขอต่อศาลให้นำกฎหมายอิสลามมาใช้ในการชี้ขาดตัดสินคดีครอบครัวและมรดกของตนได้

การปรับใช้กฎหมายอิสลามแก่ชุมชนมิสลิม ยังได้รับการคุ้มครองโดยรัฐธรรมนูญในฐานะที่เป็นสิทธิชุมชนอย่างหนึ่ง ในฐานะที่กฎหมายอิสลามเป็นวิถีชีวิตของชุมชนมุสลิมที่ตกทอดกันมาแต่โบราณ โดยได้รับการยึดถือปฏิบัติตามด้วยความเชื่อว่าเป็นกฎเกณฑ์ที่ถูกต้อง (opiniojuris) สืบเนื่องกันมาเป็นเวลานาน (usus) ด้วย ดังที่มีการรับรองไว้ในมาตรา ๖๖ แห่งรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๕๐ ว่า

---

1 หนังสือกรมการปกครอง ที่ มท 0308 /ว 2011 ภาคผนวก.

2 ระเบียบกระทรวงศึกษาธิการว่าด้วยเครื่องแบบนักเรียนและนักศึกษา (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2540 ภาคผนวก.

3 กฎสำนักนายกรัฐมนตรีฉบับที่95 (พ.ศ. 2553) ออกตามความในพระราชบัญญัติเครื่องแบบข้าราชการฝ่ายพลเรือนพุทธศักราช 2478.

“บุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชน ชุมชนท้องถิ่น หรือชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมย่อมมีสิทธิอนุรักษ์หรือฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น ศิลปวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่นและของชาติ และมีส่วนร่วมในการจัดการ การบำรุงรักษา และการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ สิ่งแวดล้อม รวมทั้งความหลากหลายทางชีวภาพอย่างสมดุลและยั่งยืน”

อย่างไรก็ตาม ผู้ทรงคุณวุฒิทางอิสลามจำนวนไม่น้อยยังคงเห็นว่า สาระสำคัญของกฎหมายอิสลามไม่ใช่จารีตประเพณี แต่เป็นกฎหมายที่มีบ่อเกิดจากคัมภีร์ทางศาสนา แนวปฏิบัติของศาสดา และความเห็นของนักปราชญ์อิสลาม โดยมีจารีตประเพณีเป็นเพียงบ่อเกิดลำดับท้าย ๆ ดังจะได้กล่าวถึงต่อไปในบทที่ 5 (5.3 12)

4.3 พระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี ยะลา นราธิวาส และสตูล พ.ศ. 2489

4.3.1 การใช้กฎหมายอิสลาม ในคดีแพ่งเกี่ยวกับครอบครัวและมรดกอิสลามของอิสลามศาสนิกเป็นข้อบังคับ

กฎหมายบัญญัติให้ใช้กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวมรดกในคดีแพ่งเกี่ยวด้วยครอบครัวและมรดก ซึ่งผู้นับถือศาสนาอิสลามเป็นทั้งโจทก์จำเลย หรือเป็นผู้เสนอคำขอในคดีที่ไม่มีข้อพิพาทเฉพาะในการวินิจฉัยชี้ขาดของศาลจังหวัดปัตตานี ศาลจังหวัดนราธิวาส ศาลจังหวัดยะลา ศาลจังหวัดเบตง และศาลจังหวัดสตูล ซึ่งเป็นศาลชั้นต้นในจังหวัดปัตตานีนราธิวาส ยะลา และสตูลเท่านั้น ดังความในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ. 2489 ที่บัญญัติว่า

> "ในการวินิจฉัยชี้ขาดคดีแพ่งเกี่ยวด้วยครอบครัวและมฤดกอิสลามสาสนิกของศาลชั้นต้นในจังปัตตานี นราธิวาส ยะลาและสตูล ซึ่งอิสลามสาสนิกเป็นทั้งโจทก์จำเลย หรือเป็นผู้เสนอคำขอในคดีที่ไม่มีข้อพิพาท ให้ใช้กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมฤดกบังคับแทนบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยการนั้น..."

ในเรื่องการใช้กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกอิสลามศาสนิกนี้ มีคำพิพากษาฎีกาหลายฎีกาวินิจฉัยไว้ว่า คดีมรดกของผู้นับถือศาสนาอิสลามอันเกิดขึ้นในศาลของจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลาและสตูล นั้นจะต้องใช้บังคับตามกฎหมายอิสลามแทนบทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้นคู่ความมุสลิมจะต้องตกอยู่ภายใต้บังคับแห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลาม จะนำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับมิได้ (ฎีกาที่ 1203/2513 ฎีกาที่ 1406/2513 และ ฎีกาที่ 1442/2541)

4.3.2 เขตอำนาจศาลในคดีแพ่งเกี่ยวกับครอบครัวและมรดกอิสลามของอิสลามศาสนิก

กฎหมายบัญญัติให้ใช้กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวมรดกในคดีแพ่งเกี่ยวด้วยครอบครัวและมรดก ในการวินิจฉัยชี้ขาดของศาลจังหวัดปัตตานี ศาลจังหวัดนราธิวาส ศาลจังหวัดยะลา ศาลจังหวัดเบตง และศาลจังหวัดสตูล ซึ่งเป็นศาลชั้นต้นในจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูลเท่านั้น ดังความในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ. 2489 ที่บัญญัติว่า " ในการวินิจฉัยชี้ขาดคดีแพ่งเกี่ยวด้วยครอบครัวและมฤดก อิสลามสาสนิกของศาลชั้นต้นในจังปัตตานี นราธิวาส ยะลาและสตูล ซึ่งอิสลามสาสนิกเป็นทั้งโจทก์จำเลย หรือเป็นผู้เสนอคำขอในคดีที่ไม่มีข้อพิพาท ให้ใช้กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมฤดกบังคับแทนบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยการนั้น..."

ดังนั้นอิสลามศาสนิกที่มีมูลคดีพิพาทอยู่ในเขตอำนาจศาลอื่น นอกจากศาลจังหวัดปัตตานี ศาลจังหวัดนราธิวาส ศาลจังหวัดยะลาศาลจังหวัดเบตง และศาลจังหวัดสตูล แม้ประสงค์จะขอให้ศาลนั้น ๆ บังคับตามกฎหมายอิสลาม ก็ไม่สามารถที่ได้รับการวินิจฉัยข้อพิพาทหรือแสดงสิทธิภายใต้บังคับกฎหมายอิสลามได้เลย

คำพิพากษาฎีกาที่ 2149/2547 “.......โจทก์จำเลยซื้อที่ดินพิพาทมาในระหว่างสมรส ที่ดินพิพาทย่อมตกเป็นสินสมรสระหว่างโจทก์จำเลย แม้ต่อมาโจทก์จำเลยจะแยกกันอยู่หรือหย่ากันในทางศาสนาอิสลาม ก็จะถือว่าโจทก์จำเลยขาดจากการเป็นสามีภริยาโดยชอบด้วยกฎหมายแล้วมิได้ เพราะมูลคดีมิได้เกิดขึ้นในจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล จึงนำพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานีนราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ. 2489 มาปรับใช้มิได้ ความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาในเรื่องทรัพย์สินต้องบังคับตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1533 เมื่อโจทก์จำเลยยังมีสถานะเป็นสามีภริยาต่อกันตามกฎหมาย จำเลยจึงฟ้องขอแบ่งสินสมรสมิได้”

คำพิพากษาฎีกาที่ 207/2518 “...โจทก์จำเลยเป็นอิสลามซึ่งประเพณีอิสลามชายมีภริยาได้หลายคน แต่มิได้ใช้หลักศาสนาอิสลามบังคับในเรื่องครอบครัว โจทก์เป็นภริยาจำเลย ศาลชั้นต้นพิพากษาให้จำเลยหย่าโจทก์ตามฟ้อง ศาลอุทธรณ์พิพากษากลับให้ยกฟ้อง โจทก์ฎีกา

ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า บริเวณเขตจังหวัดที่ศาลชั้นต้นคดีนี้ตั้งอยู่ไม่ได้มีกฎหมายให้นำหลักศาสนาอิสลาม แม้โจทก์จำเลยเป็นอิสลามด้วยกันก็ดี แต่ก็จะนำหลักศาสนามาใช้อ้างอิงให้ฝืนต่อประเพณี และกฎหมายที่ใช้อยู่ในท้องถิ่นนั้นไม่ได้ กล่าวคือตามประเพณีอิสลามชายอาจมีภริยาได้หลายคน ภรรยาจะตั้งข้อรังเกียจต่อหลักศาสนาไม่ได้ก็ตาม แต่โจทก์ก็ยังมีเสรีภาพที่จะคิดรังเกียจต่อการที่สามีของตนไปมีภรรยาใหม่ได้ เช่นเดียวกับบุคคลอื่นๆเหมือนกัน คดีนี้โจทก์มีนายหลงหาดผู้ใหญ่บ้านซึ่งเป็นญาติของทั้งสองฝ่ายมาเบิกความประกอบคำฟ้องของโจทก์ว่า จำเลยขับ

ไล่โจทก์ออกจากบ้านของจำเลย ฝ่ายจำเลยคงมีแต่ตัวจำเลยคนเดียวเท่านั้นที่เบิกความว่า ไม่ได้ขับไล่โจทก์ พยานโจทก์จึงมีน้ำหนักดีกว่าพยานจำเลย คดีรับฟังว่า จำเลยได้ไล่โจทก์ออกไปจากบ้านจริง เหตุที่จำเลยไล่โจทก์ไปนั้นโจทก์นำสืบว่า จำเลยได้ไปหมั้นหญิงอื่นจะเอามาเป็นภรรยาแล้ว ต่อมาก็ได้พามาอยู่ที่บ้านที่โจทก์จำเลยเคยอยู่ด้วยกัน การที่จำเลยได้ภรรยาใหม่อีกคนหนึ่งนั้น จำเลยก็รับว่าเป็นความจริง ศาลฎีกาเห็นว่า เมื่อข้อเท็จจริงฟังได้ว่าจำเลยได้ทำการเป็นปฏิปักษ์ ต่อการเป็นสามีภรรยาอย่างร้ายแรง จนอีกฝ่ายมิอาจจะอยู่กินเป็นสามีภรรยาต่อไปได้จริง โจทก์จึงมีสิทธิฟ้องหย่าจำเลยได้ ไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยเหตุอย่างอื่นต่อไป

พิพากษายกลับ บังคับคดีตามศาลชั้นต้น ”

คำพิพากษาฎีกาที่ 1898/2479 "...และคดีต้องเกิดขึ้นในจังหวัดยะลา นราธิวาส ปัตตานีหรือสตูล หากเป็นคดีที่เกิดขึ้นในจังหวัดอื่นนอกจาก 4 จังหวัดเช่นว่านี้ แม้คู่ความทุกฝ่ายจะเป็นคนนับถือศาสนาอิสลามก็จะใช้ศาสนาอิสลามมาบังคับมิได้ ต้องบังคับตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 และบรรพ 6 เช่นเดียวกัน..."

การพิจารณาคดีว่าคดีใดจะอยู่ในเขตอำนาจศาลจังหวัดทั้งสี่นั้น ต้องพิจารณาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 4[1] เมื่อพิจารณาได้ว่าเป็นเรื่องครอบครัวและมรดก ซึ่งมูลคดีหรือจำเลยมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตอำนาจของศาลจังหวัดทั้งสี่ศาลแล้ว ศาลก็ย่อมนำเอากฎหมายอิสลามมาบังคับใช้แทนประมวลกฎหมายแพ่งและพานิชย์ได้

ในกรณีที่เจ้ามรดกมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาล แม้ทรัพย์มรดกจะอยู่นอกเขต 4 จังหวัดที่ใช้กฎหมายอิสลาม กรณีก็ต้องบังคับตามกฎหมายอิสลาม ดังปรากฏตามแนวคำพิพากษาซึ่งวินิจฉัยตามสารตราของกระทรวงยุติธรรม 30/4353 คือ คำพิพากษาฎีกาที่ 90/2483 นายหวันเต๊ะ หวังปูเต๊ะ

---

[1] ตามหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาได้แก่

1. คำฟ้องให้เสนอต่อศาลที่จำเลยมีภูมิลำเนา หรือศาลที่มูลคดีเกิดขึ้น (ม.4 (1)) คำฟ้องเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ หรือสังหาริมทรัพย์ หรือสิทธิ หรือประโยชน์ใดๆอันเกี่ยวกับทรัพย์เหล่านั้น ให้เสนอต่อศาลที่ทรัพย์เหล่านั้นตั้งอยู่ในเขตศาล (ม.4 ทวิ) นอกจากคำฟ้องตาม ม. 4 ทวิ ถ้าจำเลยมิได้มีภูมิลำเนาอยู่ในราชอาณาจักรหรือมูลคดีมิได้เกิดขึ้นในราชอาณาจักร และโจทก์มีสัญชาติไทยหรือมีภูมิลำเนาอยู่ในราชอาณาจักรไทย จะยื่นฟ้องต่อศาลที่โจทก์มีภูมิลำเนา หรือต่อศาลที่ทรัพย์สินของจำเลยอันอาจบังคับคดีได้ตั้งอยู่ก็ได้ (ม.4 ตรี)

2. คำร้องให้ยื่นต่อศาลที่มูลคดีเกิดขึ้น (ม.4 (2)) คำร้องขอจัดการมรดกให้ร้องต่อศาลที่เจ้ามรดกมีภูมิลำเนาในขณะที่เจ้ามรดกถึงแก่ความตาย หรือถ้ามิได้มีภูมิลำเนาอยู่ในราชอาณาจักร หากมีทรัพย์มรดกอยู่ในเขตศาลใด ให้ยื่นต่อศาลนั้น (ม.4 จัตวา) คำร้องขอเพิกถอนมติที่ประชุมนิติบุคคล หรือยกเลิกนิติบุคคล หรือคำร้องอื่นใดเกี่ยวกับนิติบุคค ให้ยื่นต่อศาลที่สำนักงานใหญ่นิติบุคคลนั้นตั้งอยู่ (ม.4 เบญจ) คำร้องเกี่ยวกับทรัพย์สินที่ตั้งอยู่ในราชอาณาจักร หรือมีผลให้จัดการทรัพย์สินในราชอาณาจักรให้ยื่นต่อศาลที่ทรัพย์นั้นตั้งอยู่ (ม.4 ฉ)

โจทก์ นายเอ เอช. ดุ๊ก หลวงประกอบนิติสาร จำเลย วินิจฉัยว่ากระทงความตามสารตราฉบับนี้มีความหมายครอบถึงทรัพย์มรดกทุกอย่าง โดยไม่แบ่งแยกว่าจะเป็นสังหาริมทรัพย์ หรืออสังหาริมทรัพย์ประการใด และไม่ปรากฏข้อยกเว้นว่าอสังหาริมทรัพย์นั้นอยู่ที่ใด และจะต้องจัดการตามกฎหมายอื่นประการใด ฉะนั้น จึงถือว่าสารตราฉบับนี้ตีความครอบไปถึงทรัพย์มรดกทุกอย่าง และในกรณีที่มูลคดีหรือจำเลยมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาล 4 จังหวัด ยังมีคำพิพากษาฎีกาที่ 1286/2491 นางหวันเต๊ะ โจทก์ นายเอ เอช. ดุ๊ก หลวงประกอบนิติสาร จำเลย ซึ่งวินิจฉัยทำนองเดียวกันว่า ศาลจังหวัดสตูลได้ตั้งผู้จัดการมรดกเป็นอิสลามศาสนิก เมื่อโจทก์เห็นว่าการจัดการมรดกไม่ถูกต้องตามหน้าที่ก็ต้องว่ากล่าวต่อศาลจังหวัดสตูล การที่มีทรัพย์บางอย่างเป็นอสังหาริมทรัพย์อยู่ในจังหวัดพระนครนั้นไม่เป็นเหตุให้จำกัดอำนาจศาลจังหวัดสตูลในเรื่องมรดกนี้ และไม่ทำให้ศาลแพ่งไม่มีอำนาจรับคดีให้พิจารณาได้

เมื่อพิจารณาข้อความของพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลาและสตูล พ.ศ. 2489 กับกฎข้อบังคับสำหรับปกครองบริเวณเจ็ดหัวเมือง ร. ศ. 120 และสารตราของกระทรวงยุติธรรมที่ 30/4353 จะเห็นว่า มีข้อความในทำนองเดียวกัน คำพิพากษาฎีกาดังกล่าว จึงใช้เป็นบรรทัดฐานแก่คดีที่มูลคดีหรือโจทก์จำเลยเป็นอิสลามิกที่มีภูมิลำเนาอยู่ในเขต 4 จังหวัดได้ ทั้งความประสงค์ของกฎหมายเรื่องนี้ ก็มุ่งหมายให้ใช้สิทธิประเพณีอิสลามในเรื่องครอบครัวมรดกแก่ผู้นับถือศาสนาอิสลามที่อยู่ในเขตจังหวัดทั้งสี่ ไม่มีข้อจำกัดถึงเรื่องทรัพย์สินว่าจะต้องอยู่ในจังหวัดดังกล่าวนั้นด้วย[1] ดังนั้น ถ้าหากจำเลยมีภูมิลำเนาในเขตศาล 4 จังหวัด ก็ต้องบังคับไปตามสิทธิตามกฎหมายอิสลาม

การใช้กฎหมายอิสลามตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี ยะลา นราธิวาส และสตูล พ.ศ. 2489 นั้น จำเลยจะต้องมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาล4 จังหวัดดังกล่าว หากว่าจำเลยมีภูมิลำเนาอยู่นอกเขตศาล 4 จังหวัด ต้องบังคับไปตามสิทธิตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ด้วยเหตุนี้ จึงทำให้ผู้เป็นจำเลยในคดีที่เกี่ยวด้วยครอบครัวมรดกต้องย้ายภูมิลำเนาออกนอกเขตศาล 4 จังหวัด เมื่อเห็นว่าถ้าหากมีการบังคับสิทธิตามกฎหมายอิสลามแล้วตนจะเป็นฝ่ายเสียเปรียบ โดยที่โจทก์ไม่สามารถฟ้องคดีในศาล4จังหวัดได้จากการที่จำเลยที่เป็นมุสลิมย้ายภูมิลำเนานอกจาก4 จังหวัด เพื่อหลีกเลี่ยงไม่ใช้กฎหมายอิสลามในการวินิจฉัยชี้ขาดคดีของตนนี้ เป็นปัญหาที่ได้หยิบยกขึ้นมาอภิปรายในการสัมมนาการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลาและสตูล โดยมีข้อเสนอแนะจากการสัมมนา ให้กระทรวงยุติธรรมรับปัญหานี้ไปพิจารณาหาทางแก้ไขต่อไป ต่อมากระทรวงยุติธรรมได้ให้ความเห็นในเรื่องนี้ว่า ควรปล่อยให้เป็นสิทธิเสรีภาพของชาวไทยมุสลิมที่จะย้ายภูมิลำเนาของตน

---

[1] พิพัฒน์ จักรางกูร, 2525: 319

ได้โดยเสรี ดังนั้น จึงไม่จำเป็นต้องดำเนินการแก้ไขอย่างไรต่อไป[1] อย่างไรก็ตาม อุทัย บูรณสมภพ เห็นว่าในกรณีคดีที่มีคู่ความเป็นมุสลิม และพิจารณาได้ว่าเป็นคดีที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลใน 4 จังหวัดดังกล่าวตามเขตอำนาจที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแล้ว ศาลชั้นต้นใน 4 จังหวัด ก็สามารถนำเอากฎหมายอิสลามมาใช้บังคับเกี่ยวกับคดีนั้น โดยไม่คำนึงว่าคู่ความนั้นจะมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตท้องที่ของ 4 จังหวัดนั้นหรือไม่[2]

การที่พระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลาม ไม่ได้กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับศาลที่จะทำการพิจารณาพิพากษาคดีตามกฎหมายอิสลามไว้เป็นพิเศษ เป็นผลให้ต้องพิจารณาตามเขตอำนาจพิจารณาตามบทบัญญัติของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งอันเป็นกฎหมายทั่วไป โดยมิได้คำนึงถึงคดีที่ใช้กฎหมายอิสลามโดยเฉพาะ ทำให้เกิดความซับซ้อนสับสน และอาจจะเกิดข้อยุ่งยากอันกระทบกระเทือนถึงสิทธิต่างๆ ของประชาชนทั้งที่เป็นมุสลิมและไม่เป็นมุสลิมได้

กล่าวคือ ถ้าพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งเป็นกฎหมายทั่วไป มีผลบังคับครอบคลุมไปทั่วประเทศ เช่นในคดีที่เกี่ยวกับทรัพย์หรือสิทธิประโยชน์เกี่ยวกับทรัพย์อันไม่เกี่ยวกับเรื่องครอบครัวหรือมรดกไม่ว่าทรัพย์หรือจำเลยจะอยู่นอกเขตของศาล 4 จังหวัดดังกล่าวหรือไม่ ก็ไม่ทำให้สิทธิตามกฎหมายแตกต่างกันแต่ประการใด เพราะไม่ว่าทรัพย์จะตั้งอยู่หรือจำเลยจะมีภูมิลำเนาอยู่ ณ ที่ใด ก็ต้องอยู่ภายใต้บทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพานิชย์เช่นเดียวกันหมด หากเป็นการฟ้องคดีเกี่ยวด้วยทรัพย์อันมิได้เกี่ยวกับเรื่องครอบครัวมรดก เช่น ฟ้องปลดเปลื้องการรบกวนการครอบครอง เรียกทรัพย์คืน บังคับสิทธิตามภารจำยอม ครอบครองปรปักษ์ และทรัพย์นั้นอยู่นอกเขตอำนาจของศาลทั้ง 4 จังหวัด กรณีย่อมไม่สามารถนำเอากฎหมายอิสลามมาบังคับใช้กับคดีได้ แม้ว่าโจทก์จำเลยจะเป็นมุสลิม มีภูมิลำเนาอยู่ในเขต 4 จังหวัดก็ตาม

แต่การฟ้องเรียกทรัพย์มรดกที่อยู่นอกเขตศาล 4 จังหวัดแม้โจทก์หรือผู้ร้องจะไม่ได้อยู่ในฐานะเป็นทายาทตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และก็ไม่มีสิทธิที่จะเกี่ยวข้องในคดีนั้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หากเป็นเรื่องเกี่ยวกับทรัพย์มรดกซึ่งเจ้ามรดกเป็นมุสลิมที่มีภูมิลำเนาอยู่ในเขต 4 จังหวัด ดังนี้ผู้จัดการมรดก หรือทายาทตามกฎหมายอิสลามย่อมมีอำนาจฟ้องเรียกหรือจัดการทรัพย์มรดกที่อยู่นอกเขตศาล 4 จังหวัดนั้นได้

---

[1] กระทรวงยุติธรรม, เรื่องเดิม,หน้า 147.

[2] อุทัย บูรณสมภพ, กฎหมายพิเศษใน 4 จังหวัดภาคใต้ ดุลพาห เล่ม 4 ปีที่ 15, พ.ศ. 2511, พิมพ์ซ้ำใน กระทรวงยุติธรรม, เรื่องเดิม, หน้า 341.

ในทางตรงข้าม การฟ้องคดีเรียกทรัพย์มรดก หรือการจัดการทรัพย์มรดกที่อยู่ในเขตศาล 4 จังหวัด หากโจทก์หรือจำเลยเป็นมุสลิมที่มีภูมิลำเนาอยู่นอกเขตศาลดังกล่าว ก็ไม่สามารถนำเอากฎหมายอิสลามไปใช้บังคับแก่คดีได้

ส่วนในกรณีที่เป็นการฟ้องคดีที่เกี่ยวกับสิทธิทางครอบครัวตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 4 (1) จะต้องยื่นฟ้องคดีต่อศาลที่จำเลยมีภูมิลำเนาในเขตศาล ดังนั้นภูมิลำเนาของจำเลยจึงเป็นสิ่งสำคัญ ที่จะทำให้สิทธิอันเกิดจากสภาพทางครอบครัวเปลี่ยนแปลงไป กล่าวคือ แม้โจทก์จำเลยจะเป็นมุสลิม ถ้าหากจำเลยมีภูมิลำเนาในเขตศาล 4 จังหวัด ก็ต้องบังคับไปตามสิทธิตามกฎหมายอิสลามได้ แต่ถ้าหากว่าจำเลยมีภูมิลำเนาอยู่นอกเขตศาล 4 จังหวัด ก็ต้องบังคับไปตามสิทธิตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ด้วยเหตุนี้ หากจำเลยเห็นว่า การบังคับสิทธิตามกฎหมายอิสลามอาจจะเป็นเหตุให้ตนเป็นฝ่ายเสียเปรียบ ผู้เป็นจำเลยในคดีที่เกี่ยวด้วยครอบครัวมรดกจึงหาทางย้ายภูมิลำเนาออกนอกเขตศาล 4 จังหวัดเป็นเหตุให้โจทก์ไม่สามารถฟ้องคดีตามกฎหมายอิสลามในศาล 4 จังหวัดได้

4.3.3 ให้ใช้กฎหมายอิสลามเฉพาะกับคดีแพ่งในเรื่องที่เกี่ยวด้วยครอบครัวและมรดกเท่านั้น

กฎหมายบัญญัติให้ใช้กฎหมายอิสลามเฉพาะกับคดีแพ่งและเฉพาะกับเรื่องที่เกี่ยวด้วยครอบครัวและมรดกของมุสลิมเท่านั้น เพราะกฎหมายใช้คำว่า“...คดีแพ่งเกี่ยวด้วยครอบครัวและมรดกอิสลามสาสนิก...” ซึ่งก็คือเฉพาะกับคดีแพ่ง และเฉพาะกับเรื่องที่เกี่ยวด้วยครอบครัวและมรดกของมุสลิม ส่วนกรณีที่เกี่ยวด้วยบรรพอื่นๆ ของกฎหมายแพ่ง หรือกฎหมายอื่นๆ ไม่อาจนำกฎหมายอิสลามมาบังคับใช้ได้เลย

กรณีที่ใช้กฎหมายอิสลาม เช่น การตั้งผู้จัดการมรดก การสมรส บุตรโดยชอบด้วยกฎหมาย เป็นต้น ดังตัวอย่างคำพิพากษาฎีกาต่อไปนี้

ฎีกาที่ 1406/2513 การตั้งผู้จัดการมรดกของอิสลามศาสนิกก็เพื่อจะให้ผู้นั้นเข้าไปมีอำนาจหน้าที่จัดการรวบรวมและแบ่งทรัพย์สินของผู้ตายให้เป็นไปตามกฎหมายอิสลาม ฉะนั้น คดีพิพาทกันเกี่ยวกับเรื่องตั้งผู้จัดการมรดก นับได้ว่าเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับเรื่องมรดก คดีชนิดนี้จึงตกอยู่ภายใต้บังคับแห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลาม ในเขตจังหวัดปัตตานีนราธิวาสยะลา และสตูล พ.ศ. 2489 มาตรา 3 และมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัตินั้นให้มีดะโต๊ะยุติธรรมหนึ่งนายนั่งพิจารณาพร้อมด้วยผู้พิพากษา แต่เนื่องจากดะโต๊ะยุติธรรมประจำศาลยื่นคำร้องขอถอนตัวเพราะเป็นญาติกับโจทก์จำเลย และเคยเป็นผู้จัดการมรดกรายนี้มาแล้ว โจทก์จำเลยจึงได้ตกลงเลือกนายอำนวย ซึ่งเป็นอิสลามศาสนิกปฏิบัติหน้าที่แทนดะโต๊ะยุติธรรมเฉพาะคดี ตามมาตรา 5 วรรคท้าย แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ฉะนั้นการที่ศาลชั้นต้นดำเนินการพิจารณาคดี โดยให้ดะโต๊ะยุติธรรมนั่งพิจารณาพร้อมด้วยผู้พิพากษาจึงเป็นการชอบ

ฎีกาที่ 2812/2525 เมื่อลูกจ้างของฝ่ายโจทก์และฝ่ายจำเลยต่างมีความประมาทพอ ๆ กัน มิได้ยิ่งหย่อนกว่ากัน สมควรให้ค่าสินไหมทดแทนอันจะพึงใช้แก่กันนั้นเป็นพับและเป็นผลถึงโจทก์และจำเลยในฐานะที่ต่างฝ่ายต่างเป็นนายจ้างของลูกจ้างผู้กระทำละเมิดดังกล่าว ไม่ต้องรับผิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเช่นกัน

โจทก์ที่ 2 และโจทก์ที่ 3 เป็นผู้นับถือศาสนาอิสลาม มีภูมิลำเนาอยู่ในเขตจังหวัดยะลา ซึ่งได้มีพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานีนราธิวาสยะลา และสตูล พ.ศ.2489 ซึ่งเป็นกฎหมายพิเศษให้ใช้บังคับแก่ผู้นับถือศาสนาอิสลามอันเกี่ยวด้วยครอบครัวและมรดก เฉพาะใน 4 จังหวัดดังกล่าวแทนบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 บรรพ 6 เมื่อโจทก์ที่ 2 ที่ 3นำสืบว่าได้แต่งงานเป็นสามีภรรยาโดยถูกต้องตามกฎหมายอิสลามซึ่งจำเลยมิได้นำสืบหักล้างจึงต้องฟังว่าโจทก์ที่ 2 และโจทก์ที่ 3เป็นสามีภรรยาและเป็นบิดามารดาของบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายอันเป็นสิทธิเฉพาะตัวที่กฎหมายได้รับรองโดยมิต้องคำนึงว่าจะเกิดเป็นคดีพิพาทในจังหวัดใด ๆ ก็ตามและเมื่อมีผู้กระทำละเมิดเป็นเหตุให้บุตรของโจทก์ที่ 2 ที่ 3 ถึงแก่ความตายโจทก์ที่ 2 ที่ 3 ก็มีอำนาจฟ้องผู้กระทำละเมิดให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่โจทก์ได้

กรณีที่ต้องใช้กฎหมายแพ่งหรือกฎหมายอื่น

ศาลไม่สามารถที่จะนำกฎหมายอิสลามมาใช้กับเรื่องทางอาญาได้ กล่าวคือ ศาลไม่สามารถที่จะนำกฎหมายอิสลามมาใช้กับคดีอาญาได้ และศาลไม่สามารถที่จะนำกฎหมายอิสลามมาใช้กับข้อพิพาททางแพ่งอื่น นอกเหนือจากเรื่องที่เกี่ยวด้วยครอบครัวและมรดกของมุสลิมได้ เช่น ศาลไม่สามารถที่จะนำกฎหมายอิสลามมาใช้กับกรณีนิติกรรมสัญญาและอื่นๆ เช่น สัญญาซื้อขาย สัญญาให้โดยเสน่หา สัญญาจำนำจำนอง และหนี้สินอื่น ดังตัวอย่างคำพิพากษาฎีกาต่อไปนี้

ฎีกาที่ 1174/2518 คดีมรดกของผู้นับถือศาสนาอิสลามซึ่งต้องใช้กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวมรดกบังคับแทนประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น เมื่อเป็นเรื่องที่ศาลจะต้องวินิจฉัยเสียก่อนว่าทรัพย์ใดเป็นมรดกหรือไม่ ในการวินิจฉัยเช่นนี้จะนำกฎหมายตามลัทธิศาสนาอิสลามมาใช้บังคับหาได้ไม่ (อ้างคำพิพากษาฎีกาที่ 1203/2494)

โจทก์ฟ้องใจความว่า โจทก์จำเลยต่างเป็นทายาทของเจ้ามรดก และมีสิทธิได้รับทรัพย์มรดกของเจ้ามรดกอันมีที่ดินและบ้านตามกฎหมายอิสลาม นางแวบูงอมารดาจำเลย กับจำเลย ได้ตกลงทำสัญญายอมแบ่งปันมรดกดังกล่าวออกเป็นส่วนสัด ตามสิทธิของทายาทแต่ละคนและตามลัทธิศาสนาอิสลามแล้ว ต่อมามารดาจำเลยตาย โจทก์เรียกร้องให้จำเลยแบ่งทรัพย์ตามที่มารดาจำเลยได้ทำสัญญาไว้ จำเลยไม่ยอมแบ่งให้ โจทก์ จำเลยเป็นชาวไทยนับถือศาสนาอิสลามมีภูมิลำเนาอยู่จังหวัดปัตตานี และเจ้ามรดกก็นับถือศาสนาอิสลามขอให้ศาลพิพากษาให้จำเลยแบ่งทรัพย์มรดกของเจ้ามรดกซึ่งมีราคา 104,000 บาทตามสัญญายอมให้แก่โจทก์ คิดเป็นเงิน 72,000

บาท นอกนั้นตกเป็นของจำเลย ถ้าแบ่งไม่ได้ให้ประมูลระหว่างทายาท หากประมูลไม่ได้ให้ขายทอดตลาดนำเงินมาแบ่งตามส่วน

จำเลยทั้งสี่ให้การใจความว่า นางแวบูงอมารดาจำเลยและจำเลยทุกคนไม่เคยยินยอมแบ่งทรัพย์ให้โจทก์ดังฟ้อง ไม่เคยลงลายมือชื่อในหนังสือแบ่งทรัพย์ หากจะฟังว่านางแวบูงอได้ทำสัญญาตามฟ้องไว้จริง ก็เป็นเรื่องถูกบังคับให้ลงชื่อในขณะที่ป่วย สติสัมปชัญญะไม่สมบูรณ์ หนังสือสัญญานั้นใช้ไม่ได้ตามกฎหมาย ขัดต่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 525 และขัดต่อความสงบเรียบร้อย จำเลยไม่เคยตกลงจะแบ่งทรัพย์มรดกให้โจทก์ตามฟ้อง จำเลยทั้งสี่ครอบครองทรัพย์ดังกล่าวร่วมกันมา โจทก์ทั้งหลายไม่มีสิทธิในทรัพย์มรดกทั้งหมดคดีนี้ ไม่ใช่คดีมรดกและคดีโจทก์ขาดอายุความ

ในวันชี้สองสถานคู่ความรับกันว่าทรัพย์มรดกที่พิพาทมีที่ดิน 6 แปลง เป็นที่มีโฉนด 3 แปลง และมี ส.ค.1 รวม 3 แปลง ล้วนเป็นชื่อนางแวบูงอทั้งหมด ศาลชั้นต้นกำหนดประเด็นว่า

1. ฟ้องโจทก์ขาดอายุความหรือไม่

2. ทรัพย์ที่พิพาทเป็นมรดกร่วมกันระหว่างพวกโจทก์และนางแวบูงอกับจำเลยซึ่งจะต้องแบ่งให้โจทก์และแบ่งตามสัญญายอมหรือไม่

ศาลชั้นต้นวินิจฉัยว่าคดีนี้โจทก์ฟ้องเรียกร้องตามสัญญาประนีประนอมยอมความ จึงยังไม่ขาดอายุความตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 164 และเชื่อว่าทายาทของนางซีตีฮาวอได้ทำสัญญาแบ่งทรัพย์มรดกที่ดินโฉนดเลขที่ 2510 และ 2511 ตามเอกสารหมาย จ.1 จริง กรณีไม่เป็นการขัดต่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 525 ดังจำเลยต่อสู้ ข้อพิพาทสำหรับที่ดินอีก 4 แปลง คือที่ดินโฉนดเลขที่ 2512 และที่มี ส.ค.1 นั้น ข้อนี้ดะโต๊ะยุติธรรมชี้ขาดปัญหาข้อกฎหมายอิสลามว่า เป็นเรื่องการฟ้องขอแบ่งมรดก แต่ละฝ่ายจะต้องมีพยานนอกจากตัวความมาสืบอย่างน้อยเป็นผู้ชาย 2 คน หรือผู้หญิง 4 คนหรือผู้ชาย 1 คน ผู้หญิง 2 คน จึงจะรับฟังได้ ฝ่ายจำเลยมีพยานมาสืบไม่ครบ จึงรับฟังไม่ได้ตามกฎหมายอิสลาม ต้องฟังตามพยานโจทก์ว่า มีมรดกที่จะต้องแบ่งให้โจทก์อีก 4 แปลงตามส่วนสัดที่บัญญัติไว้ในกฎหมายอิสลาม แต่ผู้พิพากษาศาลชั้นต้นเห็นว่า การที่จะรับฟังพยานได้หรือไม่นั้น เป็นเรื่องกฎหมายลักษณะพยานไม่ใช่เรื่องครอบครัวและมรดก จะยกเอากฎหมายอิสลามมาบังคับในการรับฟังพยานไม่ได้ ขัดต่อพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานีนราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ. 2489 มาตรา 3 และ 4 ศาลชั้นต้นจึงฟังข้อเท็จจริงว่า ที่พิพาท 4 แปลง นอกเหนือจากสัญญายอมเป็นทรัพย์สินส่วนตัวของนางแวบูงอ พิพากษาให้แบ่งที่ดินมรดก 2 แปลงให้แก่โจทก์ ถ้าไม่สามารถตกลงแบ่งกันได้ตามสัญญาประนีประนอมยอมความหรือแบ่งกันเองไม่ได้ ก็ให้ประมูลราคาระหว่างกันเอง หรือขายทอดตลาดเอาเงินมาแบ่งกันข้อเรียกร้องของโจทก์ นอกจากนี้ให้ยกเสีย

โจทก์และจำเลยอุทธรณ์ โจทก์อุทธรณ์ว่า ที่พิพาท 4 แปลง เป็นมรดกซึ่งทายาทครอบครองร่วมกันมา จำเลยอุทธรณ์ว่าหนังสือแบ่งทรัพย์ตามเอกสาร จ.1 ทำขึ้นโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และคดีโจทก์ขาดอายุความ

ศาลอุทธรณ์พิพากษายืน

โจทก์และจำเลยฎีกา

ศาลฎีกาฟังว่า สัญญาแบ่งทรัพย์มรดกใช้บังคับได้ และที่ดินพิพาท 4 แปลง นอกเหนือจากที่ระบุไว้ในสัญญาดังกล่าวไม่ใช่มรดกของเจ้ามรดก และวินิจฉัยในข้อกฎหมายว่า ส่วนที่โจทก์ฎีกาว่าคดีนี้เป็นเรื่องมรดก ศาลจะต้องฟังตามคำวินิจฉัยของดะโต๊ะยุติธรรมนั้น ศาลฎีกาเห็นว่า กรณีนี้เป็นเรื่องที่ศาลจะต้องวินิจฉัยเสียก่อนว่า ทรัพย์ใดเป็นมรดกหรือไม่ และการวินิจฉัยเช่นนี้ จะนำกฎหมายตามลัทธิศาสนาอิสลามมาใช้บังคับแก่กรณีหาได้ไม่ ดังที่ศาลฎีกาได้เคยพิพากษาไว้ ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 1203/2494 ระหว่างนางแวสะลาเมาะ โจทก์ นายแวซง บินฮาวาแด จำเลยฎีกาโจทก์ฟังไม่ขึ้นเช่นเดียวกัน

พิพากษายืนค่าฤชาธรรมเนียมสมควรให้เป็นพับ

ฎีกาที่ 5210/2545 แม้โจทก์และจำเลยทั้งสองเป็นอิสลามศาสนิกอยู่ในจังหวัดนราธิวาส แต่ในการวินิจฉัยว่า ทรัพย์สินใดเป็นมรดกหรือไม่ จะนำกฎหมายอิสลามมาใช้บังคับไม่ได้ ต้องใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นหลักวินิจฉัยก่อน ฎีกาที่ 1174/18 "...คดีมรดกในจังหวัดปัตตานีระหว่างอิสลามสาสนิกชน ข้อที่ศาลจะต้องวินิจฉัยเสียก่อนว่า ทรัพย์ใดเป็นมรดกหรือไม่ จึงนำกฎหมายหรือลัทธิศาสนาอิสลามมาใช้บังคับกรณีนี้หาได้ไม่..."

ฎีกาที่ 3849/2541 คดีนี้เป็นเรื่องเจ้ามรดกยกที่ดินอันเป็นอสังหาริมทรัพย์ให้เป็นสิทธิแก่จำเลยและจำเลยร่วม ตั้งแต่เจ้ามรดกยังไม่ถึงแก่ความตาย การยกที่ดินพิพาทให้ดังกล่าว แม้จะทำตามหลักกฎหมายอิสลามที่เรียกว่าพิธีแฮร์เบอะ โดยทำพิธีอย่างถูกต้องที่บ้านโต๊ะอิหม่ามก็ตาม กรณีก็ไม่ใช่เรื่องมรดก เพราะเป็นเรื่องให้ระหว่างมีชีวิตอยู่ บทกฎหมายในเรื่องนี้ จึงต้องใช้ ป. พ. พ. บังคับแก่คดี

อย่างไรก็ตามอำนาจบังคับของกฎหมายอิสลาม อาจนำไปใช้อ้างอิงในคดีความทางแพ่งอื่นหรือทางอาญาได้ ทั้งในเขตจังหวัดที่ใช้กฎหมายอิสลามและจังหวัดอื่นๆ เนื่องจากสิทธิที่เกิดขึ้นตามกฎหมายอิสลามนั้น เป็นสิทธิเฉพาะตัวที่กฎหมายได้รับรอง โดยมิต้องคำนึงว่าจะเกิดเป็นคดีพิพาทในจังหวัดใด ดังคำพิพากษาศาลฎีกาที่2812/2525[1]

---

[1] คำพิพากษาฎีกาที่ 2812-2816/2525 สถานะภริยาหรือบุตรของอิสลามศาสนิกที่มีภูมิลำเนาในเขต 4 จังหวัด ย่อมเป็นไปตามกฎหมายอิสลาม และใช้อ้างในการเรียกค่าเสียหายทางละเมิดที่มีมูลคดีนอกเขต 4 จังหวัดได้

นอกจากนั้นอาศัยอำนาจบังคับตามกฎหมายอิสลาม อาจนำไปใช้อ้างอิงในคดีความทางอาญาได้ในเขตจังหวัดที่ใช้กฎหมายอิสลาม โดยที่ศาลอาจใช้ดุลพินิจยกเว้นโทษทางอาญาบางประการเช่น ความผิดฐานกระทำชำเราเด็กหญิงอายุกว่าสิบสามปี แต่ยังไม่เกินสิบห้าปี ด้วยสิทธิทางกฎหมายอิสลามได้ เนื่องจากสิทธิที่เกิดขึ้นตามกฎหมายอิสลามนั้นเป็นสิทธิเฉพาะตัวที่กฎหมายรับรอง

ฎีกาที่ 8523/2552 ความผิดฐานกระทำชำเราเด็กหญิงอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ถ้าเป็นการกระทำที่ชายกระทำแก่เด็กหญิงอายุกว่าสิบสามปีแต่ยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กหญิงนั้นยินยอม และภายหลังศาลอนุญาตให้ชายและเด็กหญิงนั้นสมรสกัน ผู้กระทำผิดไม่ต้องรับโทษตาม ป.อ. มาตรา 277 วรรคแรก (เดิม) และวรรคท้าย (เดิม) มีความหมายว่า ในกรณีที่ชายและเด็กหญิงมีอายุไม่เกิน 17 ปีบริบูรณ์ ยังไม่อาจที่จะสมรสกัน หากจะสมรสกันต้องมีคำสั่งศาลอนุญาตให้ทำการสมรสได้ตาม ป. พ. พ. มาตรา 1448 หรือกรณีที่ชายและเด็กหญิงเป็นผู้นับถือศาสนาอิสลาม และมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล ทำการสมรสกันโดยถูกต้องตามหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก ซึ่งมี พ.ร.บ.ว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ.2489 อันเป็นกฎหมายพิเศษให้ใช้บังคับแก่ผู้นับถือศาสนาอิสลามในส่วนที่เกี่ยวด้วยครอบครัวและมรดกเฉพาะใน 4 จังหวัดดังกล่าวแทนบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 และบรรพ 6 จึงมีผลให้ผู้กระทำผิดในคดีอาญานั้นไม่ต้องรับโทษ

จำเลยกับผู้เสียหายที่ 2 เป็นผู้นับถือศาสนาอิสลาม มีภูมิลำเนาอยู่ในจังหวัดสตูลทำการสมรสกันโดยถูกต้องตามกฎหมายอิสลาม จำเลยจึงไม่ต้องรับโทษในความผิดตาม ป.อ. มาตรา 277 วรรคแรก (เดิม) แม้จำเลยไม่ฎีกา แต่เป็นปัญหาข้อกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย ศาลฎีกามีอำนาจยกขึ้นวินิจฉัยได้ ตาม ป.วิ.อ. มาตรา 195 วรรคสอง ประกอบมาตรา 225

4.3.4 คดีของมุสลิมที่โจทก์จำเลยหรือผู้ร้องในคดีที่ไม่มีข้อพิพาทเป็นมุสลิม

กฎหมายบัญญัติให้ใช้กฎหมายอิสลามเฉพาะในคดีของมุสลิมที่โจทก์จำเลยหรือผู้ร้องในคดีที่ไม่มีผู้พิพาทเป็นมุสลิมเท่านั้น เพราะกฎหมายใช้คำว่า "......คดีแพ่งเกี่ยวด้วยครอบครัวและมฤดกอิสลามสาสนิก......ซึ่งอิสลามสาสนิกเป็นทั้งโจทก์จำเลย หรือเป็นผู้เสนอคำขอในคดีที่ไม่มีข้อพิพาท..." ซึ่งก็คือเฉพาะกับคดีที่โจทก์ และจำเลยหรือผู้ร้องในคดีที่ไม่มีข้อพิพาทเป็นมุสลิมเท่านั้น ดังนั้น ศาลไม่สามารถที่จะนำกฎหมายอิสลามมาใช้กับคดีที่โจทก์จำเลยหรือผู้ร้องในคดีที่ไม่มีข้อพิพาทเป็นผู้นับถือศาสนาอื่น

ฎีกาที่ 1898/2512 "...โจทก์มิใช่อิสลามสาสนิกจะบังคับคดีตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้ศาสนาอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี ยะลา นราธิวาส พ.ศ. 2498 มาตรา 3 มิได้..."

ฎีกาที่ 1898/2479 ระบุว่า "...หากคู่ความแม้แต่คนเดียวไม่ใช่คนศาสนาอิสลาม...ใช้กฎหมายอิสลามมาใช้บังคับไม่ได้..."

4.3.5 กรณีที่มีความคาบเกี่ยวระหว่างกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมสัญญา และกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก เช่น กรณีนาซาร์

กรณีนาซาร์นี้ตามกฎหมายอิสลามเป็นพินัยกรรมคือเป็นการแสดงเจตนาจัดการทรัพย์สินเผื่อตายในรูปของการอุทิศ โดยให้มีผลเมื่อผู้ทำยกให้ตายแล้ว แต่มิใช่พินัยกรรมธรรมดาที่เรียกว่า "วะศียะฮฺ" เพราะผลนั้นย้อนหลังไปถึงวันที่กำหนดคือ วันที่ผู้ทำสัญญานาซาร์ระบุไว้ว่ามีผลก่อนเจ็บตายกี่วัน ทำให้เกิดปัญหาต้องวินิจฉัยเบื้องต้นว่า เป็นการให้ระหว่างผู้มีชีวิตที่มีเงื่อนไขเผื่อตาย หรือเป็นพินัยกรรม

ศาลฎีกาได้พิพากษากรณีนาซาร์ไว้ด้วยกัน 2 แนวทาง คือ พิพากษาให้ใช้กฎหมายอิสลาม และพิพากษาให้ใช้กฎหมายแพ่ง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่พิพากษากรณีนาซาร์โดยให้ใช้กฎหมายอิสลามให้เหตุผลว่า การนาซาร์เป็นพินัยกรรมที่มีผลหลังผู้ทำพินัยกรรมตาย จึงเป็นพินัยกรรมซึ่งต้องใช้กฎหมายอิสลามบังคับ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่พิพากษากรณีนาซาร์โดยให้ใช้กฎหมายแพ่งให้เหตุผลว่า การนาซาร์เป็นสัญญาให้โดยเสน่หา ซึ่งเป็นกรณีที่ต้องใช้กฎหมายแพ่ง แม้ว่าจะที่มีผลหลังผู้ให้ตายก็ตาม ต้องใช้กฎหมายแพ่งบังคับ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่พิพากษากรณีนาซาร์โดยให้ใช้กฎหมายอิสลาม

ฎีกาที่ 1769/2505 เจ้ามรดกทำหนังสือนาซาร์ไว้หนังสือนี้เป็นพินัยกรรมหรือไม่ การแบ่งมรดกจะต้องแบ่งตามหนังสือนาซาร์หรือจะตกได้แก่ทายาทเป็นเรื่องของกฎหมายอิสลาม ดะโต๊ะยุติธรรมเป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดข้อกฎหมายอิสลาม

เมื่อดะโต๊ะยุติธรรมวินิจฉัยว่าหนังสือนาซาร์นี้เป็นพินัยกรรมมีผลเมื่อผู้ทำยกให้ตายแล้ว แต่มิใช่พินัยกรรมธรรมดาที่เรียกว่า "วาศียะฮฺ" เพราะผลนั้นย้อนหลังไปถึงวันที่กำหนดคือก่อนเจ็บตาย 3 วันซึ่งเป็นอำนาจของพินัยกรรมชนิดนี้ตามกฎหมายอิสลาม ก็ต้องเป็นไปตามนั้นและคำวินิจฉัยย่อมเด็ดขาด ศาลอุทธรณ์จะวินิจฉัยใหม่ว่า เป็นการยกให้โดยมองผลย้อนหลังไม่ได้เพราะหนังสือนี้มีผลเมื่อผู้ทำตาย จึงไม่เป็นการยกให้

ข้อเท็จจริงฟังได้ว่า ก่อนนางแตเซาะเจ้ามรดกตาย 7 เดือน นางแตเซาะได้ทำหนังสือนาซาร์ยกทรัพย์พิพาทให้แก่โจทก์ โดยทำตามแบบพิธีของศาสนาอิสลาม ใจความในหนังสือส่วนสำคัญมีว่า ข้า ฯ นาซาร์ทรัพย์ฯลฯ ให้แก่ ฯลฯ ก่อนข้าเจ็บตาย 3 วัน

ดะโต๊ะยุติธรรมชี้ขาดในข้อกฎหมายตามหลักกฎหมายอิสลามเกี่ยวกับลักษณะมรดกว่า การกล่าววาจานาซาร์สำคัญยิ่งกว่าหนังสือ แม้นางแตเซาะและพยานในการนาซาร์จะไม่ได้ลงนามในหนังสือนาซาร์ก็มีผลให้ต้องปฏิบัติตามคำปฏิญญานั้น และตามหลักกฎหมายอิสลามนาซาร์จะมีผลเมื่อผู้ทำยกให้ตายแล้ว แต่นาซาร์ก็มิใช่พินัยกรรมธรรมดาซึ่งเรียกว่าวาซียะ เพราะทรัพย์นั้นได้แก่ผู้รับย้อนไปถึงวันที่ผู้ยกให้กล่าวไว้ในการกล่าววาจาผู้รับทรัพย์จึงได้รับทรัพย์โดยไม่ต้องแบ่งให้ทายาท ทายาทโดยธรรมหมดสิทธิที่จะได้รับมรดก

ศาลชั้นต้นพิพากษาว่าทรัพย์พิพาทตกเป็นของโจทก์ ห้ามจำเลยเกี่ยวข้อง

จำเลยอุทธรณ์

ศาลอุทธรณ์เห็นว่าตามกฎหมายอิสลาม หนังสือนาซาร์ไม่ใช่พินัยกรรมธรรมดา เพราะทรัพย์ที่ยกให้ได้แก่ผู้รับย้อนไปถึงก่อนเจ็บตาย 3 วันจึงเป็นหนังสือที่ผู้ตายยกทรัพย์ให้แก่โจทก์ตั้งแต่ผู้ตายยังไม่ตาย จึงไม่ใช่เรื่องมรดก ต้องใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในเรื่องให้หาใช่กฎหมายอิสลามไม่ แต่จากคำบรรยายฟ้องและคำให้การถือได้ว่าโจทก์ได้สิทธิครอบครองทรัพย์พิพาทจากผู้ตายแล้วทรัพย์จึงเป็นของโจทก์ พิพากษายืน

ศาลฎีกาเห็นว่า ไม่มีข้อเท็จจริงที่จะฟังว่าโจทก์ได้ครอบครองทรัพย์ตั้งแต่ผู้ตายยกให้นางแตเซาะทำพินัยกรรมปรารถนาจะให้ทรัพย์เมื่อตาย โจทก์จึงยังไม่ได้ทรัพย์พิพาทโดยการครอบครอง ทรัพย์พิพาทยังคงเป็นของนางแตเซาะอยู่จนกระทั้งตาย และเป็นทรัพย์มรดกที่จะแบ่งปันตามกฎหมายอิสลาม

เมื่อทรัพย์พิพาทเป็นมรดกดะโต๊ะยุติธรรมต้องใช้กฎหมายอิสลามมาปรับแก่คดีหนังสือนาซาร์นี้เป็นพินัยกรรมหรือไม่ การแบ่งมรดกจะต้องแบ่งตามหนังสือนาซาร์หรือจะตกได้แก่ทายาทเป็นเรื่องของกฎหมายอิสลามเมื่อดะโต๊ะยุติธรรมวินิจฉัยว่าหนังสือนาซาร์นี้เป็นพินัยกรรมมีผลเมื่อผู้ทำยกให้ตายแล้ว แต่มิใช่พินัยกรรมธรรมดาที่เรียกว่า "วาศียะฮฺ"เพราะผลนั้นย้อนหลังไปถึงวันที่กำหนด คือ ก่อนเจ็บตาย 3 วัน ซึ่งเป็นอำนาจของพินัยกรรมชนิดนี้ ตามกฎหมายอิสลามก็ต้องเป็นไปตามนั้น และคำวินิจฉัยนี้ย่อมเด็ดขาด ศาลอุทธรณ์จะยกขึ้นวินิจฉัยใหม่ว่าเป็นการยกให้ โดยมองผลย้อนหลังไม่ได้ เพราะหนังสือนี้มีผลเมื่อผู้ทำตาย จึงไม่เป็นการยกให้ แต่ศาลฎีกาเห็นพ้องในผลที่ศาลอุทธรณ์พิพากษา จึงพิพากษายืน

เหตุผลที่คำพิพากษาฎีกาที่ 1769/2505 พิพากษาว่าเป็นพินัยกรรม เพราะหนังสือนี้มีผลเมื่อผู้ทำตาย จึงไม่เป็นการยกให้ และต่อมามีคำพิพากษาฎีกาที่ 1969/2525 พิพากษาคดีไปทางเดียวกัน[1]

---

1 โปรดดู กระทรวงยุติธรรม, อ้างแล้ว, หน้า 320 ซึ่งตีพิมพ์ย่อฎีกานี้.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่พิพากษากรณีนาซาร์โดยให้ใช้กฎหมายแพ่ง

ฎีกาที่ 1203/2494 คดีมรดกของผู้ถือศาสนาอิสลามอันเกิดขึ้นในศาลของจังหวัดปัตตานีนราธิวาสยะลาและสตูลนั้นต้องใช้กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวมรดกบังคับแทนประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่ในการที่จะพิจารณาวินิจฉัยว่าทรัพย์อะไรเป็นมรดกหรือไม่นั้น จะต้องใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชบังคับเสียก่อน

ผู้ตายทำหนังสือ (นาซาร์) ยกที่ดินให้จำเลยตั้งแต่ยังมีชีวิตอยู่ แม้ตาม กฎหมายอิสลามมีว่าการให้ด้วยหนังสือนาซาร์นี้ใช้ได้ ที่ดินไม่เป็นมรดกต่อไป ตามกฎหมายอิสลามไม่แบ่งมรดกก็ตาม แต่ปรากฏว่าการยกให้ไม่ถูกแบบตามประมวลกฎหมายแพ่ง ฯ เพราะไม่ได้จดทะเบียน ที่ดินจึงยังเป็นของผู้ตายอยู่ในเวลาตาย จึงต้องถือตามประมวลกฎหมายแพ่ง ฯ ว่าที่ดินนี้ยังเป็นมรดกของผู้ตายอยู่

โจทก์ฟ้องว่าโจทก์และจำเลยต่างเป็นผู้ถือศาสนาอิสลาม บัดนี้นางหะยีแวลีเมาะย่าของโจทก์และจำเลยตายลง ทายาททุกคนได้ปกครองทรัพย์มรดกร่วมกันมายังมิได้แบ่ง โจทก์ขอแบ่งจากจำเลย ๆ ไม่ยอมจึงต้องฟ้องขอแบ่ง

จำเลยต่อสู้ว่า นางหะยีแวลิเมาะย่า ได้ทำหนังสือนาซาร์ (หนังสือยกทรัพย์สินตามศาสนาอิสลาม) ยกทรัพย์สินที่โจทก์ขอแบ่งนั้น ให้แก่จำเลยผู้เดียว ฯลฯ

โจทก์ยอมรับว่า ผู้ตายทำหนังสือนาซาร์ที่จำเลยอ้างไว้จริง ศาลชั้นต้นจึงงดสืบพยานแล้ววินิจฉัยว่าหนังสือนาซาร์ที่จำเลยอ้างได้ทำขึ้นถูกต้องตาม ก.ม.อิสลาม มีผลใช้ได้ตาม ก.ม. อิสลาม ทรัพย์รายนี้จึงไม่เป็นมรดกตามกฎหมายอิสลาม โจทก์ไม่มีสิทธิฟ้องขอแบ่ง จึงพิพากษายกฟ้องโจทก์

โจทก์อุทธรณ์

ศาลอุทธรณ์เห็นว่า คดีนี้เกิดขึ้นในจังหวัดนราธิวาส ซึ่งต้องใช้พ.ร.บ.ว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี, นราธิวาส, ยะลา และสตูล พ.ศ.2489 ในคดีแพ่งที่เกี่ยวด้วยเรื่องครอบครัวและมรดกระหว่างอิสลามศาสนิกเป็นทั้งโจทก์และจำเลย หนังสือนาซาร์ที่จำเลยมีลักษณะเป็นทำนองเดียวกับพินัยกรรม ต่างกันแต่กำหนดเวลาให้ทรัพย์เป็นสิทธิแก่ผู้รับก่อนวันผู้ทำหนังสือนาซาร์ตายกี่วันเท่านั้น แต่มีผลเมื่อผู้ทำหนังสือตายเช่นเดียวกัน ข้อความในหนังสือก็มีชัดว่า ยกทรัพย์ทั้งหมดให้จำเลย หนังสือนาซาร์ จึงเป็นคำสั่งให้จัดการทรัพย์ในเมื่อตายเกี่ยวด้วยเรื่องมรดก ซึ่งต้องพิจารณาตาม พ.ร.บ.ว่าด้วยการใช้ ก.ม.อิสลามใน 4 จังหวัดที่กล่าวมา ศาลอุทธรณ์จึงพิพากษายืน

โจทก์ฎีกา

ศาลฎีกาเห็นว่า ทรัพย์ที่พิพาทกันเป็นอสังหาริมทรัพย์ผู้ตายทำหนังสือยกให้เป็นสิทธิแก่จำเลยตั้งแต่ผู้ตายยังไม่ตาย ฉะนั้นปัญหาที่ว่าการให้โดยมีหนังสือนาซาร์นี้จะใช้ได้หรือไม่ จึง

ไม่ใช่เรื่องมรดก เพราะเป็นเรื่องให้ในระหว่างมีชีวิตอยู่ ไม่ใช่เมื่อตายแล้ว บทกฎหมายในเรื่องนี้จึงต้องใช้ประมวลกฎหมาย.แพ่งฯ หาใช่กฎหมายอิสลามไม่ เมื่อการยกให้มิได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ให้ถูกต้องตามกฎหมาย จึงใช้ไม่ได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งฯ มาตรา 525 ทรัพย์รายพิพาทจึงยังอาจเป็นทรัพย์มรดกของผู้ตายอยู่ ซึ่งโจทก์อาจมีส่วนได้ดังที่กล่าวอ้างมา แต่รูปคดีโต้เถียงในปัญหาข้ออื่นกันอีก

จึงพิพากษาให้ยกคำพิพากษาศาลล่างทั้ง 2 ให้ศาลชั้นต้นดำเนินการพิจารณาพิพากษาใหม่

ฎีกาที่ 100/2521 ที่พิพาทเป็นที่ดินมือเปล่าไม่มีหนังสือสำคัญใดๆ การให้จึงไม่ต้องทำเป็นหนังสือ และจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ แต่การให้ซึ่งจะต้องมีทั้งผู้ให้และผู้รับและผู้รับยอมรับเอาทรัพย์สินนั้น

ผู้ให้มีแต่สิทธิครอบครองในที่พิพาท ดังนั้นผู้ให้จะโอนการครอบครองให้แก่ผู้รับก็แต่ด้วยการส่งมอบทรัพย์สินที่ครอบครอง เว้นแต่ผู้รับจะครอบครองทรัพย์สินนั้นอยู่ก่อนแล้วก็ทำได้โดยเพียงแสดงเจตนา

ขณะที่เจ้ามรดกทำหนังสือยกที่พิพาทให้แก่ผู้รับ ผู้รับไม่อยู่ได้มาลงชื่อภายหลังและไม่ปรากฏว่าเจ้ามรดกส่งมอบที่พิพาทให้ผู้รับครอบครอง หรือผู้รับได้ครอบครองที่พิพาทอยู่ก่อนทั้งหนังสือยกให้นั้นเป็นการยกให้โดยมีเงื่อนไขบังคับก่อน โดยให้มีผลสมบูรณ์ก่อนเจ้ามรดกตาย 3 วัน จึงยังฟังไม่ได้ว่าเจ้ามรดกได้แสดงเจตนาสละและโอนการครอบครองที่พิพาทให้ผู้รับ ที่พิพาทครึ่งหนึ่งที่เป็นสินสมรสของเจ้ามรดกจึงยังเป็นมรดกของเจ้ามรดกอยู่ เมื่อโจทก์จำเลยและเจ้ามรดกเป็นอิสลามมิกชน มีภูมิลำเนาอยู่ในเขต 4 จังหวัด ดังนั้นในการวินิจฉัยว่าโจทก์มีส่วนในมรดกเพียงใด จำต้องให้ดะโต๊ะยุติธรรมเป็นผู้ชี้ขาดข้อกฎหมายอิสลามและลงลายมือชื่อในคำพิพากษา ตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลาและสตูล พ.ศ. 2489

โจทก์ฟ้องว่า โจทก์จำเลยและนายแวสาเฮาะเจ้ามรดกเป็นอิสลามมิกชน มีภูมิลำเนาอยู่ในจังหวัดยะลาและจังหวัดปัตตานีซึ่งใช้กฎหมายอิสลามบังคับ เจ้ามรดกเป็นพี่ชายของโจทก์ทั้งสองและเป็นสามีของจำเลยโดยไม่มีบุตรต่อกัน เจ้ามรดกตายเมื่อวันที่ 30 ธันวาคม 2517 ก่อนตายเจ้ามรดกมีทรัพย์ตามบัญชีท้ายฟ้องรวมเป็นเงิน 140,000 บาท สวนยางพาราตามบัญชีทรัพย์อันดับ 1 เมื่อแบ่งครึ่งกับลูกจ้างแล้วเหลือเป็นทรัพย์มรดก11,340 บาท รวมเป็นทรัพย์มรดกที่ต้องแบ่งทั้งหมดเป็นเงิน 151,340 บาท ทรัพย์มรดกทั้งหมดจะต้องแบ่งกันตามกฎหมายอิสลาม ฯลฯ เมื่อเจ้ามรดกตายแล้ว จำเลยเป็นผู้ครอบครองเก็บผลประโยชน์จากสวนยางตลอดมาแต่ผู้เดียวโจทก์ทั้งสองขอแบ่งจำเลยไม่ยอม โดยอ้างว่าเจ้ามรดกได้ยกทรัพย์มรดกทั้งหมดให้แก่บุตรเลี้ยงแล้วซึ่งไม่เป็นความจริง จึงขอให้ศาลบังคับให้จำเลยแบ่งมรดกให้แก่โจทก์ทั้งสอง

จำเลยให้การว่า โจทก์จำเลยและเจ้ามรดกเป็นอิสลามมิกชนและมีภูมิลำเนาตามฟ้อง ซึ่งใช้กฎหมายอิสลามบังคับจริง โจทก์ที่ 1 ไม่มีชื่อในบัญชีเครือญาติไม่มีส่วนได้เสีย จึงไม่มีอำนาจฟ้อง เจ้ามรดกกับจำเลยมีบุตรด้วยกันคนหนึ่งคือนางรอบิเอ๊าะหรือรอบิอะห์ เจ้ามรดกได้ทำหนังสือยกที่ดินสวนยางและบ้านให้แก่นางรอบิเอ๊าะ ตั้งแต่ 6 เมษายน 2517 มีผลบังคับตามหนังสือยกให้ก่อนเจ้ามรดกตาย 3 วันหนังสือยกให้สมบูรณ์ตามกฎหมายอิสลามและประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ฯลฯ ขอให้ยกฟ้อง

ศาลชั้นต้นพิจารณาแล้วพิพากษายกฟ้อง

โจทก์ทั้งสองอุทธรณ์

ศาลอุทธรณ์พิพากษายืน

โจทก์ทั้งสองฎีกา

ศาลฎีกาฟังข้อเท็จจริงว่าที่ดินสวนยางและที่ปลูกบ้านพิพาทเป็นสินสมรสระหว่างเจ้ามรดกกับจำเลยซึ่งมีส่วนแบ่งคนละครึ่ง ปัญหาวินิจฉัยมีว่า เจ้ามรดกได้ทำหนังสือยกที่พิพาทให้กับนางรอบิเอ๊าะตามเอกสารหมายล.1 นั้น มีผลสมบูรณ์หรือไม่ เห็นว่าที่พิพาทเป็นที่ดินมือเปล่าไม่มีหนังสือสำคัญใดๆ เลย การยกให้จึงไม่ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ แต่การให้ซึ่งจะต้องมีทั้งผู้ให้และผู้รับและผู้รับยอมเอาทรัพย์สินนั้น สำหรับที่พิพาทเป็นที่ดินมือเปล่าซึ่งมีแต่สิทธิครอบครอง ผู้ให้จะโอนการครอบครองให้แก่ผู้รับก็แต่ด้วยการส่งมอบทรัพย์สินที่ครอบครอง เว้นแต่ผู้รับจะครอบครองทรัพย์สินนั้นอยู่ก่อนแล้ว ก็ทำได้โดยเพียงแสดงเจตนา แต่ขณะเจ้ามรดกทำหนังสือยกที่พิพาทให้นางรอบิเอ๊าะตามเอกสารหมาย ล.1 นั้น นางรอบิเอ๊าะไม่อยู่ ได้มาลงชื่อภายหลังและไม่ปรากฏว่าเจ้ามรดกส่งมอบที่พิพาทให้นางรอบิเอ๊าะครอบครองหรือนางรอบิเอ๊าะได้ครอบครองที่พิพาทอยู่ก่อนทั้งหนังสือยกให้ตามเอกสารหมาย ล.1 นั้น เป็นการยกให้โดยมีเงื่อนไขบังคับก่อนโดยให้มีผลสมบูรณ์ก่อนเจ้ามรดกตาย 3 วันจึงยังฟังไม่ได้ว่าเจ้ามรดกได้แสดงเจตนาสละและโอนการครอบครองที่พิพาทนางรอบิเอ๊าะ ที่ดินสวนยางพาราตามบัญชีทรัพย์อันดับ 1 และที่ดินปลูกบ้านตามบัญชีทรัพย์อันดับ 2 ครึ่งหนึ่งที่เป็นสินสมรสของเจ้ามรดก จึงยังเป็นมรดกของเจ้ามรดกอยู่ ที่ศาลล่างทั้งสองฟังว่าที่พิพาททั้ง 2 แปลงดังกล่าวไม่เป็นมรดกของผู้ตายแล้ววินิจฉัยยกฟ้อง โดยไม่วินิจฉัยประเด็นข้อต่อไปว่าผลประโยชน์ที่เกิดจากมรดกที่พิพาทมีเพียงใด และโจทก์มีส่วนมรดกเพียงใดตามที่ได้ตั้งประเด็นไว้ไม่ต้องด้วยความเห็นของศาลฎีกา เมื่อข้อเท็จจริงฟังได้ว่า ที่พิพาทเป็นมรดก ในการวินิจฉัยประเด็นต่อไปในข้อที่ว่าโจทก์มีส่วนมรดกเพียงใด จะต้องให้ดะโต๊ะยุติธรรมเป็นผู้ชี้ขาดข้อกฎหมายอิสลาม และลงลายมือชื่อในคำพิพากษาตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี ฯลฯ พ.ศ. 2489

พิพากษายกคำพิพากษาศาลอุทธรณ์และคำพิพากษาศาลชั้นต้น ย้อนสำนวนไปให้ศาลชั้นต้นพิพากษาใหม่ โดยฟังข้อเท็จจริงตามที่ศาลฎีกาได้วินิจฉัยมาและที่ศาลชั้นต้นจะได้วินิจฉัยในประเด็นต่อไปอีก 2 ข้อตามฟ้องที่ได้กล่าวมาข้างต้น

ฎีกาที่ 4807/2540 ที่พิพาทแปลงปลูกบ้านเป็นที่ดินมีโฉนด แม้บิดาจะได้ทำหนังสือนาซาร์ซึ่งเป็นพินัยกรรมตามหลักศาสนาอิสลามยกที่ดินส่วนนี้ให้แก่โจทก์ แต่มิได้จดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ การยกให้นี้จึงไม่สมบูรณ์ ตามป.พ.พ.มาตรา525

สำหรับที่พิพาทซึ่งเป็นที่นา เป็นที่ดินมือเปล่าไม่มีหนังสือสำคัญสำหรับที่ การให้ย่อมสมบูรณ์ต่อเมื่อส่งมอบทรัพย์สินที่ให้ ป.พ.พ. มาตรา 523การที่โจทก์พิมพ์ลายนิ้วมือรับการยกให้และรับหนังสือนาซาร์เก็บรักษาไว้เอง ไม่ถือว่าเป็นการส่งมอบทรัพย์สินที่ให้ และแม้โจทก์ได้รับการให้เมื่อปี 2508 ครอบครองทำนาอยู่ 2 ปี แล้วย้ายไปอยู่บ้านสามีเมื่อปี 2510 แต่ในปี 2522 จำเลยยื่นแบบบันทึกการสอบสวนสิทธิและพิสูจน์การทำประโยชน์ ทางราชการได้ประกาศเรื่องราวที่จำเลยขอออก น.ส.3 ก.ตามระเบียบแล้วไม่มีผู้ใดคัดค้านจึงออก น.ส.3 ก.ให้แก่จำเลย ดังนี้การที่จำเลยได้นำที่นาไปออก น.ส.3 ก.ได้โดยโจทก์มิได้คัดค้านแสดงว่าแม้โจทก์จะเคยครอบครองที่นานี้มาก่อน โจทก์ก็ได้สละการครอบครองนั้นแล้ว ที่พิพาทซึ่งเป็นที่นาจึงเป็นของจำเลย

โจทก์ฟ้องว่าโจทก์จำเลยเป็นผู้นับถือศาสนาอิสลามและอยู่ในเขตอำนาจศาลชั้นต้น บิดามารดาโจทก์ได้ทำหนังสือนาซาร์ซึ่งเป็นพินัยกรรมตามหลักศาสนาอิสลามยกที่ดินให้แก่โจทก์ จำเลยให้การต่อสู้ว่า หนังสือนาซาร์ที่โจทก์อ้างไม่สมบูรณ์ตามกฎหมายอิสลาม เพราะผู้ทำไม่ได้เปล่งวาจากล่าว (ลาภาซ) แสดงเจตนาตามข้อความในหนังสือนาซาร์หรือกล่าวลาภาซไม่ถูกต้อง ดังนี้จึงมีปัญหาที่คู่ความโต้เถียงกันในปัญหาข้อกฎหมายว่า หนังสือนาซาร์ที่โจทก์อ้างนั้นมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมายอิสลามหรือไม่ เมื่อโจทก์จำเลยเป็นอิสลามมิกชนและมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตจังหวัดปัตตานีการวินิจฉัยปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับมรดกของผู้นับถือศาสนาอิสลามดังกล่าวจึงต้องให้ดะโต๊ะยุติธรรมเป็นผู้วินิจฉัยตาม พ.ร.บ.ว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ. 2489 มาตรา 4 ศาลชั้นต้นจึงให้ดะโต๊ะยุติธรรมเป็นผู้วินิจฉัยปัญหาข้อกฎหมายนี้ และเมื่อดะโต๊ะยุติธรรมเป็นผู้ชี้ขาดปัญหาข้อกฎหมายอิสลามเช่นนี้ ดะโต๊ะยุติธรรมจึงต้องลงชื่อในคำพิพากษาศาลชั้นต้นด้วย การลงชื่อของดะโต๊ะยุติธรรมจึงชอบแล้ว

แนวปฏิบัติของกรมที่ดินเกี่ยวกับหนังสือนาซาร์

กรมที่ดินได้กำหนดให้การดำเนินการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมเกี่ยวกับหนังสือนาซาร์ว่า พนักงานเจ้าหน้าที่ต้องดำเนินการตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้นหนังสือสัญญา "นาซาร์" ที่ได้มีข้อความกำหนดการเผื่อตายในเรื่องทรัพย์สิน ถือว่าเป็นพินัยกรรม ตามป.พ.พ.

พนักงานเจ้าหน้าที่สามารถดำเนินการจดทะเบียนมรดกตามหลักฐาน "นาซาร์" ได้ โดยไม่จำเป็นต้องให้ดะโต๊ะยุติธรรมวินิจฉัยชี้ขาดข้อกฎหมายก่อน และไม่จำเป็นต้องมีหนังสือรับรองของสำนักงานคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดประกอบว่าหลักฐาน "นาซาร์" ดังกล่าวถูกต้องมีผลใช้บังคับตามกฎหมายอิสลาม เพียงแต่มีหนังสือรับรองคำแปลเป็นภาษาไทยจากสำนักงานคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัด (กรณีหนังสือ "นาซาร์" ได้ทำเป็นภาษายาวี) ว่าถูกต้องตรงกับต้นฉบับก็เพียงพอแล้ว ส่วนหนังสือสัญญา "นาซาร์" ที่มิได้มีข้อความกำหนดการเผื่อตายในเรื่องทรัพย์สิน ไม่เข้าลักษณะเป็นพินัยกรรมจะนำมาเป็นหลักฐานในการขอจดทะเบียนมรดกไม่ได้[1]

ทั้งนี้ แนวปฏิบัติของกรมที่ดินดังกล่าว มีที่มาจากการที่ที่ประชุมสภาจังหวัดปัตตานีได้มีการหารือว่าที่ประชุมสภาจังหวัดปัตตานีกำหนดแนวทางปฏิบัติในการขอรับมรดกที่ดินตามหลักฐานหนังสือ "นาซาร์" ตามหลักศาสนาอิสลาม 2 ประการคือ

(1) หลักฐาน "นาซาร์" ที่จะนำมาขอโอนมรดกที่ดินที่สำนักงานที่ดินได้จะต้องมีข้อกำหนดไว้ว่า เป็นการให้ทรัพย์สินที่มีผลเมื่อผู้ทำ "นาซาร์" ได้ถึงแก่กรรมไปแล้ว เข้าลักษณะเป็นพินัยกรรม ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และต้องมีหนังสือรับรองของสำนักงานคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดประกอบด้วยว่า หลักฐาน "นาซาร์" ดังกล่าวถูกต้องมีผลใช้บังคับตามหลักกฎหมายอิสลาม

(2) หลักฐาน "นาซาร์" ที่มิได้กำหนดการให้ทรัพย์สินมีผลเมื่อผู้ทำ "นาซาร์" ถึงแก่กรรมไปแล้ว จะนำมาเป็นหลักฐานขอรับโอนมรดกที่ดินที่สำนักงานที่ดินไม่ได้ ผู้รับประโยชน์จาก "นาซาร์"จะต้องไปดำเนินการทางศาล

ที่ประชุมสภาจังหวัดปัตตานีได้หารือไปยังกรมที่ดินว่า แนวทางปฏิบัติดังกล่าว ทั้งสองแนวทาง จะชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ และสำนักงานที่ดินจะถือปฏิบัติได้แค่ไหนเพียงใด

กรมที่ดินโดยส่วนมาตรฐานการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมสำนักมาตรฐานการทะเบียนที่ดินมีวินิจฉัยให้กรมที่ดินดำเนินการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมเกี่ยวกับหนังสือนาซาร์ดังรายละเอียดข้างต้น

---

[1] หนังสือกรมที่ดินที่มท 0610/03041 ลงวันที่ 2 กุมภาพันธ์ 2537ตอบข้อหารือจังหวัดปัตตานี (เรื่องยุติของ สมท. เลขที่จังหวัด 10142).

4.3.6 ดะโต๊ะยุติธรรมร่วมพิจารณาในส่วนของข้อกฎหมายอิสลามเท่านั้น

กฎหมายบัญญัติให้ดะโต๊ะยุติธรรมร่วมพิจารณาในส่วนของข้อกฎหมายอิสลามเท่านั้น ไม่รวมถึงข้อเท็จจริง และข้อกฎหมายอื่นๆ ที่ไม่ใช่กฎหมายอิสลาม ดังความในมาตรา 4 วรรค 2 “ให้ดะโต๊ะยุติธรรมมีอำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อกฎหมายอิสลาม …..”

ฎีกาที่ 232/2493 คดีมฤดกอันจะต้องบังคับตามกฎหมายอิสลามในเขตต์ 4 จังหวัดนั้นจะต้องมีดะโต๊ะยุตติธรรม 1 นาย นั่งพิจารณาพร้อมด้วยผู้พิพากษา โดยผู้พิพากษาวินิจฉัยข้อเท็จจริงได้ความอย่างไรแล้วให้ดะโต๊ะยุตติธรรมวินิจฉัยชี้ขาดข้อกฎหมายอิสลามและลงลายมือชื่อในคำพิพากษาด้วย

ฎีกาที่ 1349/2494 คดีแพ่งเกี่ยวด้วยเรื่องมรดกที่โจทก์จำเลยต่างนับถือศาสนาอิสลามและอยู่ในเขตจังหวัดปัตตานีนั้น ตาม พ.ร.บ.ว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานีฯ พ.ศ. 2489 บัญญัติให้ใช้กฎหมายอิสลามบังคับและในศาลชั้นต้นให้ดะโต๊ะยุติธรรมนั่งพิจารณาพร้อมด้วยผู้พิพากษา แต่ถ้ามีการพิจารณาคดีนั้นไปโดยมิได้มีดะโต๊ะยุติธรรมนั่งพิจารณาร่วมด้วยผู้พิพากษาแล้ว ศาลสูงก็มีอำนาจที่ให้ศาลชั้นต้นพิจารณาและพิพากษาคดีเสียใหม่ให้ถูกต้องตามกฎหมายไม่จำต้องยกฟ้องโดยให้ไปฟ้องใหม่

ฎีกาที่ 1029/2511 ข้อที่โจทก์ฟ้องว่าได้ครอบครองที่พิพาทเป็นส่วนสัดเมื่อศาลมิได้ยกขึ้นเป็นประเด็นข้อพิพาทและคู่ความมิได้โต้แย้ง ย่อมเป็นอันระงับไม่มีข้อพิพาท

คดีแพ่งระหว่างอิสลามศาสนิกในเขตจังหวัดนราธิวาสใช้กฎหมายอิสลามบังคับเฉพาะแต่กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกซึ่งใช้บังคับแทนบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

การพิจารณาคดีในศาลชั้นต้นซึ่งต้องให้ดะโต๊ะยุติธรรมหนึ่งนายนั่งพิจารณาพร้อมด้วยผู้พิพากษาและดะโต๊ะยุติธรรมมีอำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อกฎหมายอิสลามและลงลายมือชื่อในคำพิพากษาด้วยนั้น หมายถึงเฉพาะลงลายมือชื่อในคำพิพากษาที่พิพากษาตามคำวินิจฉัยชี้ขาดข้อกฎหมายอิสลาม

คดีมีประเด็นข้อพิพาททั้งที่เกี่ยวกับข้อกฎหมายอิสลามและไม่เกี่ยวปะปนกันเมื่อศาลชั้นต้นพิจารณาพิพากษามาโดยไม่มีดะโต๊ะยุติธรรมร่วม ย่อมไม่ชอบเฉพาะแต่ข้อพิพาทที่ต้องใช้กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกเท่านั้น ศาลอุทธรณ์ชอบที่จะวินิจฉัยประเด็นข้อพิพาทอื่น ซึ่งมิใช่ข้อกฎหมายอิสลามเพราะกระบวนพิจารณาและคำพิพากษาของศาลชั้นต้นในประเด็นข้ออื่นหาเสื่อมเสียไม่ ต่อเมื่อศาลอุทธรณ์วินิจฉัยประเด็นข้ออื่นแล้วคดียังไม่ยุติ ยังมีประเด็นที่จะต้องวินิจฉัยตามกฎหมายอิสลามต่อไป จึงจำเป็นที่การพิจารณาพิพากษาคดีของศาลชั้นต้นในประเด็นดังกล่าวต้องดำเนินตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามฯ

เมื่อศาลอุทธรณ์ด่วนยกคำพิพากษาศาลชั้นต้นโดยไม่วินิจฉัยประเด็นข้ออื่นซึ่งไม่เกี่ยวกับกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก ศาลฎีกาย่อมพิพากษายกคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ให้ศาลอุทธรณ์พิจารณาพิพากษาคดีใหม่ตามแนวข้อวินิจฉัยของศาลฎีกา

4.3.7 กรณีดะโต๊ะยุติธรรมไม่ได้ร่วมพิจารณา หรือไม่ร่วมลงชื่อในคำพิพากษา

คำวินิจฉัยชี้ขาดของดะโต๊ะยุติธรรมรวมอยู่ในคำพิพากษา โดยปกติผู้พิพากษาเป็นผู้จดคำพยานและเรียงคำพิพากษา เมื่อเสร็จสำนวนก็ทำคำพิพากษาอย่างคดีแพ่งธรรมดา โดยมีดะโต๊ะยุติธรรมลงลายมือชื่อในคำพิพากษาด้วย[1] ในการพิจารณาพิพากษาคดีครอบครัวมรดก ที่ต้องใช้กฎหมายอิสลามบังคับ ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลาและสตูล พ.ศ. 2489 นี้หากคดีนั้นมีประเด็นข้อพิพาททั้งที่เกี่ยวกับข้อกฎหมายอิสลามและที่ไม่เกี่ยวกับข้อกฎหมายอิสลามปนกัน เมื่อศาลชั้นต้นพิจารณาพิพากษาคดีนั้นมาโดยที่ไม่มีดะโต๊ะยุติธรรมร่วมพิจารณาพิพากษาคดีและลงชื่อในคำพิพากษานั้นด้วยเลย การพิจารณาพิพากษาไม่ชอบด้วยกฎหมาย ก็เฉพาะแต่ข้อพิพาทที่ต้องใช้กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวมรดกเท่านั้น การพิพากษาในประเด็นข้ออื่น จึงชอบด้วยกฎหมายแม้ไม่มีดะโต๊ะยุติธรรมร่วมลงนามด้วยก็ตาม

ฎีกาที่ 1349/2494 คดีแพ่งเกี่ยวด้วยเรื่องมรดกที่โจทก์จำเลยต่างนับถือศาสนาอิสลามและอยู่ในเขตจังหวัดปัตตานีนั้น ตาม พ.ร.บ.ว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานีฯ พ.ศ.2489 บัญญัติให้ใช้กฎหมายอิสลามบังคับและในศาลชั้นต้นให้ดะโต๊ะยุติธรรมนั่งพิจารณาพร้อมด้วยผู้พิพากษาแต่ถ้ามีการพิจารณาคดีนั้นไปโดยมิได้มีดะโต๊ะยุติธรรมนั่งพิจารณาร่วมด้วยผู้พิพากษาแล้ว ศาลสูงก็มีอำนาจที่ให้ศาลชั้นต้นพิจารณาและพิพากษาคดีเสียใหม่ให้ถูกต้องตามกฎหมายไม่จำต้องยกฟ้องโดยให้ไปฟ้องใหม่

ฎีกาที่ 1029-1030/11 การพิจารณาพิพากษาคดีครอบครัวมรดกที่ต้องใช้กฎหมายอิสลามบังคับตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลาและสตูล พ.ศ.2489 นั้น หากคดีนั้นมีประเด็นข้อพิพาททั้งที่เกี่ยวกับข้อกฎหมายอิสลามและมิใช่กฎหมายอิสลามปนกัน เมื่อศาลชั้นต้นพิจารณาพิพากษาคดีมาโดยไม่มีดะโต๊ะยุติธรรมร่วมและลงชื่อในคำพิพากษาด้วย การพิจารณาพิพากษา ไม่ชอบก็เฉพาะแต่ข้อพิพาทที่ต้องใช้ กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวมรดกบังคับเท่านั้น การพิจารณาพิพากษาในประเด็นข้ออื่นไม่ต้องให้ดะโต๊ะยุติธรรมลงนามร่วมด้วย

---

[1] พิพัฒน์ จักรางกูร, เรื่องเดิม, 311.

ฎีกาที่ 1442/2541 ศาลชั้นต้นฟังข้อเท็จจริงว่าผู้คัดค้านมิใช่ทายาทของผู้ตายในอันที่จะมีสิทธิร้องขอเป็นผู้จัดการมรดกของผู้ตายได้ตาม ป.พ.พ. มาตรา 1713 ผู้คัดค้านไม่อุทธรณ์ ดังนั้นเมื่อศาลอุทธรณ์ภาค 3 ฟังว่าผู้ร้องเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายตามหลักกฎหมายอิสลามของผู้ตาย ผู้ร้องเป็นทายาทผู้มีส่วนได้เสียของผู้ตายและผู้ร้องไม่เป็นบุคคลต้องห้ามตามกฎหมายแล้วพิพากษากลับให้ผู้ร้องเป็นผู้จัดการมรดกของผู้ตาย การที่ผู้คัดค้านฎีกาคัดค้านเพียงข้อเดียวว่าผู้ร้องมิใช่บุตรของผู้ตายจึงมีผล เช่นเดียวกับผู้คัดค้านที่มิใช่ทายาทและมิได้มีส่วนได้เสียในมรดกของผู้ตายมาคัดค้านการจัดตั้งผู้จัดการมรดก ผู้คัดค้านจึงไม่มีสิทธิที่จะคัดค้านการตั้งผู้จัดการมรดกของผู้ตายได้

การตั้งผู้จัดการมรดกซึ่งเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับเรื่องมรดกที่เกิดในจังหวัดนราธิวาสผู้ร้องและผู้คัดค้านเป็นอิสลามศาสนิก ตกอยู่ภายใต้บังคับแห่ง พ.ร.บ.ว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานีนราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ. 2489 มาตรา 3 จึงต้องใช้กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกบังคับ แทนบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และตามมาตรา 4 บัญญัติให้ดะโต๊ะยุติธรรมมีอำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อกฎหมายอิสลาม ดังนั้นปัญหาที่ว่าผู้ร้องเป็นบุตรโดยชอบด้วยหลักกฎหมายอิสลามของผู้ตายหรือไม่ และผู้ร้องเป็นผู้จัดการมรดกของผู้ตายได้ตามหลักกฎหมายอิสลามหรือไม่ เป็นข้อกฎหมายอิสลามที่ดะโต๊ะ-ยุติธรรมต้องเป็นผู้ชี้ขาด ศาลอุทธรณ์ภาค 3 ไม่มีอำนาจวินิจฉัย

4.3.8 กรณีครอบครัวและมรดกที่มิได้ระบุไว้ในหลักกฎหมายอิสลาม

เนื่องจากใน “หลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวมรดก” ที่กระทรวงยุติธรรมมีคำสั่งให้ใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีความครอบครัวและมรดกของมุสลิม และดะโต๊ะยุติธรรมก็ได้ลงนามรับรองแล้ว หากมีปัญหาใดซึ่งไม่มีกล่าวไว้ในหลักกฎหมายนี้จะบังคับได้ก็ให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และประมวลกฎหมายพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับเท่าที่ไม่ขัดแย้งกับหลักกฎหมายนี้[1] ตามความในข้อความเบื้องต้น ในหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก มาตรา 1 ที่มีความว่า “เมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งหลักกฎหมายนี้ที่จะใช้บังคับ ให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา มาใช้บังคับเท่าที่ไม่ขัดกับหลักกฎหมายนี้” ดังนั้นในเมื่อกรณีใดที่หลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวมรดก มิได้ระบุไว้จึงต้องใช้บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา มาใช้บังคับเท่าที่ไม่ขัดกับหลักกฎหมายอิสลาม ซึ่งกรณีดังกล่าวได้แก่สินสมรส

---

[1] พิพัฒน์ จักรางกูร, เรื่องเดียวกัน, 62.

คำพิพากษาฎีกาที่ 3574/2541 แม้โจทก์และจำเลยเป็นอิสลามศาสนิกอยู่ในจังหวัดนราธิวาส ซึ่ง พ.ร.บ.ว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลาและสตูล พ.ศ.2489 มาตรา 3 บัญญัติให้ใช้กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกบังคับแทนบทบัญญัติแห่งป.พ.พ.ว่าด้วยการนั้นก็ตาม แต่เนื่องจากกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกไม่มีบัญญัติไว้ว่าทรัพย์สินที่ซื้อมาระหว่างสมรสเป็นสินสมรสระหว่างผู้ซื้อกับคู่สมรสหรือเป็นสินส่วนตัวของผู้ซื้อจึงต้องใช้ ป.พ.พ. มาปรับแก่กรณี

โจทก์สมรสกับจำเลยตามกฎหมายอิสลามตั้งแต่ พ.ศ. 2521 และโจทก์เป็นผู้ซื้อที่ดินพิพาทและจดทะเบียนโอนใส่ชื่อจำเลยเป็นเจ้าของที่ดินพิพาทเป็นทรัพย์สินที่ได้มาระหว่างสมรสโดยซื้อมาจากเงินที่โจทก์และจำเลยทำมาหาได้ร่วมกัน จึงเป็นสินสมรสระหว่างโจทก์กับจำเลยตาม ป.พ.พ.มาตรา 1474 (1)

ฎีกาที่ 1938/2534 เจ้ามรดกได้รับที่พิพาทจากบิดาในระหว่างที่สมรสกับมารดาโจทก์ตามกฎหมายอิสลามก่อนวันที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 ใช้บังคับ ตามกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกไม่มีบัญญัติว่าทรัพย์ดังกล่าวเป็นสินสมรสหรือไม่ ต้องใช้กฎหมายลักษณะผัวเมียอันเป็นกฎหมายในขณะนั้นบังคับ ที่พิพาทจึงเป็นสินสมรสต่อมามารดาโจทก์ถึงแก่กรรม เมื่อไม่ปรากฏว่าทั้งเจ้ามรดกและมารดาโจทก์มีสินเดิมหรือไม่ ที่พิพาทจึงตกเป็นของมารดาโจทก์ 1 ส่วนและตกเป็นของเจ้ามรดกเอง 2 ส่วน เฉพาะทรัพย์ส่วนที่เป็นของมารดาโจทก์นั้น ต้องแบ่งแก่ทายาทตามกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก ข้อความในพินัยกรรมของเจ้ามรดกจึงผูกพันที่พิพาทเฉพาะส่วนของเจ้ามรดก ไม่มีผลผูกพันส่วนของมารดาโจทก์ซึ่งโจทก์มีสิทธิจะได้รับ ทั้งส่วนที่เป็นมรดกของมารดาโจทก์และส่วนของเจ้ามรดกที่ระบุไว้ในพินัยกรรม

ปัญหาว่าส่วนของมารดาโจทก์จะต้องแบ่งกันตามกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกและโจทก์ซึ่งเป็นทายาทจะได้รับส่วนของมารดาโจทก์เท่าใด เป็นข้อกฎหมายอิสลามที่ดะโต๊ะยุติธรรมต้องเป็นผู้ชี้ขาด ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามฯ พ.ศ.2489 มาตรา 3, 4 จึงต้องย้อนสำนวนไปให้ศาลชั้นต้นวินิจฉัย

4.3.9 การอุทธรณ์คำวินิจฉัยชี้ขาดของดะโต๊ะยุติธรรม

การอุทธรณ์ฎีกาคดีครอบครัวมรดกอิสลาม ตามมาตรา 4 วรรคสุดท้ายแห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามบัญญัติว่า คำวินิจฉัยของดะโต๊ะยุติธรรมในกฎหมายอิสลามให้เป็นอันเด็ดขาด ซึ่งจะอุทธรณ์ฎีกาไม่ได้นั้น หมายความถึงเฉพาะคำวินิจฉัยชี้ขาดข้อกฎหมายอิสลามเท่านั้น แต่ถ้าคดีขึ้นสู่ศาลอุทธรณ์หรือศาลฎีกาในปัญหาข้ออื่น และปัญหาข้ออื่นนั้นศาลอุทธรณ์หรือศาลฎีกาไม่เห็นพ้องด้วยคำวินิจฉัยของศาลชั้นต้น เช่นศาลชั้นต้นฟังข้อเท็จจริง

ว่าทรัพย์สินที่พิพาทเป็นของโจทก์ แต่ศาลอุทธรณ์หรือศาลฎีกาฟังข้อเท็จจริงว่าเป็นของจำเลย หรือประการอื่น เช่นนี้ เมื่อศาลอุทธรณ์หรือศาลฎีกาย้อนสำนวนไปให้ศาลชั้นต้นพิจารณาใหม่ โดยถือตามข้อเท็จจริงที่ศาลอุทธรณ์หรือศาลฎีกาวินิจฉัยเช่นนี้ ศาลชั้นต้นจะต้องพิจารณาใหม่ร่วมกับดะโต๊ะยุติธรรมตามข้อเท็จจริงที่ศาลอุทธรณ์หรือศาลฎีกาวินิจฉัย ดังปรากฏตามแนวคำพิพากษาฎี กาที่ 232/2493 นายอาแว บากงหรืออาแว ลาลอกะนี โจทก์ นายอาแวเวาะและมะเซ็ง จำเลย

คำพิพากษาฎีกาที่ 1740/2505 การวินิจฉัยคดีแพ่งเกี่ยวด้วยเรื่องมรดกอิสลามศาสนิกในศาลจังหวัดปัตตานีซึ่งศาลชั้นต้นต้องใช้กฎหมายอิสลามและต้องให้ดะโต๊ะยุติธรรมวินิจฉัยชี้ขาดข้อกฎหมายอิสลามนั้น หากศาลชั้นต้นปฏิบัติไม่ถูกต้องศาลสูงก็มีอำนาจยกคำพิพากษาให้ศาลชั้นต้นดำเนินกระบวนพิจารณาเสียให้ถูกต้อง แล้วพิพากษาใหม่ได้

ศาลอุทธรณ์ไม่มีอำนาจวินิจฉัยข้อกฎหมายอิสลามได้ เพราะถ้ามีคำวินิจฉัยชี้ขาดของดะโต๊ะยุติธรรมในข้อกฎหมายอิสลามมาโดยถูกต้องแล้ว ย่อมเป็นอันเด็ดขาดในคดีนั้น

4.3.10 อายุความมรดก

อายุความมรดกในการใช้กฎหมายอิสลามตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลาและสตูล พ.ศ.2489 เป็นข้อยกเว้นการบังคับใช้กฎหมายอิสลาม ดังความในตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลาและสตูล พ.ศ. 2489 มาตรา 3บัญญัติว่า "ในการวินิจฉัยชี้ขาดคดีแพ่งเกี่ยวด้วยเรื่องครอบครัวและมรดกอิสลามศาสนิกของศาลชั้นต้นในจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลาและสตูลซึ่งอิสลามศาสนิกเป็นทั้งโจทก์จำเลยหรือเป็นผู้เสนอคำขอในคดีที่ไม่มีข้อพิพาทให้ใช้กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกบังคับแทนบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยการนั้น เว้นแต่บทบัญญัติว่าด้วยอายุความมรดกทั้งนี้ไม่ว่ามูลคดีเกิดขึ้นก่อนหรือหลังวันใช้พระราชบัญญัตินี้ "

เหตุที่กฎหมายถือหลักเช่นนี้เป็นผลมาจากการประชุมโต๊ะกาลี และโต๊ะอิหม่าม 41 นาย ที่ศาลเมืองตานีเมื่อ ร.ศ. 122 ซึ่งตกลงเห็นชอบพร้อมกันว่า ควรกำหนดอายุความมรดกไว้ 1 ปีถ้วน และถือว่ามีผลบังคับตั้งแต่ 1 พฤศจิกายน ร.ศ. 124 (พ.ศ. 2448) เป็นต้นมา[1] แม้ต่อมาในคราวที่มีการชำระคำแปลกฎหมายอิสลามระหว่าง พ.ศ. 2472-2484 จะมีการเสนอในที่ประชุมโต๊ะอิหม่ามให้กำหนดอายุความขยายขึ้นเป็น 5 ปี แต่ข้อเสนอนี้ตกไป ทำให้ พ.ร.บ.ว่าด้วยการใช้กฎหมาย

---

[1] ประกาศกำหนดอายุความมรดกในระหว่างคนถือศาสนาอิสลาม ลงวันที่ 28 เมษายน ร.ศ. 124

อิสลามฯ พ.ศ. 2489 บัญญัติให้ใช้อายุความมรดกตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คือ 1 ปีสืบต่อกันมา[1]

คำพิพากษาฎีกาที่ 754/2541 เมื่อทรัพย์มรดกของเจ้ามรดกที่พิพาทยังอยู่ระหว่างทายาทครอบครองร่วมกัน และยังมิได้มีการแบ่งปันกัน แม้จำเลยจะครอบครองทรัพย์มรดกก็เป็นการครอบครองทรัพย์มรดกของเจ้ามรดกที่ยังมิได้แบ่งปันกันเป็นการครอบครองแทนทายาทอื่นซึ่งรวมถึงโจทก์ด้วย แม้โจทก์จะฟ้องคดีเมื่อพ้นกำหนด 1ปี นับแต่เมื่อเจ้ามรดกตาย หรือนับแต่เมื่อโจทก์รู้หรือควรได้รู้ถึงความตายของเจ้ามรดกคดีของโจทก์ก็ไม่ขาดอายุความ ตาม ป.พ.พ. มาตรา 1754 และเมื่อ พ.ร.บ.ว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลาและสตูล พ.ศ. 2489 มาตรา 3 กำหนดให้การวินิจฉัยชี้ขาดเรื่องอายุความมรดกไม่อยู่ในบังคับต้องใช้กฎหมายอิสลาม กรณีจึงต้องเป็นไปตามบทบัญญัติแห่ง ป.พ.พ.

ฎีกาที่ 863/2485 ฟ้องขอแบ่งที่ดินมรดกต้องฟ้องภายใน 1 ปี จำเลยประกาศรับมรดกและได้รับใบแทนโฉนดแล้วครอบครองที่รายพิพาทนั้นต่อมา โจทก์มิได้คัดค้านจนพ้นอายุความมรดก แม้โจทก์จะเป็นผู้ยึดถือโฉนดเดิมไว้ก็ตามก็หมดสิทธิที่จะนำคดีมาฟ้องร้องได้

4.3.11 ปัญหาขอบเขตบังคับของกฎหมายอิสลาม

ก) กฎหมายอิสลามในฐานะกฎหมายไทย

ในทางทฤษฎีนั้น เป็นที่เข้าใจได้ว่า กฎหมายย่อมมีผลใช้บังคับทั่วทั้งดินแดนอันเป็นอาณาเขตของรัฐ ดังนั้นเมื่อประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 และ บรรพ 6 ว่าด้วยครอบครัวและมรดก ซึ่งมีผลบังคับตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม พ.ศ. 2478 เป็นต้นมานั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ย่อมมีฐานะเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับทั่วราชอาณาจักรเป็นการทั่วไป แต่โดยที่ในพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 และ บรรพ 6 ได้มีบทยกเว้นว่า ไม่กระทบกระเทือนถึงกฎข้อบังคับสำหรับปกครองบริเวณเจ็ดหัวเมือง ร.ศ. 120 ในส่วนที่เกี่ยวด้วยครอบครัวและมรดก[2] ซึ่งบังคับให้ใช้กฎหมายอิสลามในการพิจารณาและพิพากษาคดี

---

1 โปรดดู พิพัฒน์ จักรางกูร, กฎหมายอิสลาม ใน กระทรวงยุติธรรม, การสัมมนาการใช้กฎหมายอิสลาม, พ.ศ. 2525, หน้า 312.

2 มาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติ บรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พุทธศักราช 2477 ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 52 หน้า 475 ลงวันที่ 29 พฤษภาคม พ.ศ. 2478 ซึ่งมีข้อความว่า “มาตรา 6 บทบัญญัติแห่งบรรพนี้ไม่กระทบกระเทือนถึงกฎข้อบังคับสำหรับปกครองบริเวณเจ็ดหัวเมือง ร.ศ. 120 ในส่วนที่เกี่ยวด้วยครอบครัว” และมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติ บรรพ 6 แห่งประมวล

แพ่งซึ่งคู่ความทั้งสองฝ่าย หรือฝ่ายจำเลยเป็นคนนับถือศาสนาอิสลาม อันเป็นกฎหมายที่บังคับใช้อยู่ในเวลานั้น ในแง่นี้ความสัมพันธ์ระหว่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กับกฎหมายอิสลามจึงเป็นไปในลักษณะที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นกฎหมายทั่วไป (ius generale) ในฐานะที่เป็นกฎหมายทั่วไปที่ใช้บังคับกับบุคคลทั่วไป ไม่จำกัดท้องถิ่นหรือเวลา ในขณะที่กฎหมายอิสลามเป็นกฎหมายเฉพาะ (ius speciale) ในฐานะที่เป็นบทกฎหมายที่ใช้บังคับเฉพาะบุคคลบางประเภท เฉพาะบางเรื่อง ในบางท้องถิ่น หรือในที่นี้คือบังคับเฉพาะระหว่างอิสลามศาสนิกด้วยกันในคดีแพ่งเกี่ยวด้วยครอบครัวและมรดก เฉพาะในท้องที่อันเป็นเขตปกครองบริเวณเจ็ดหัวเมือง

ครั้นต่อมาเมื่อได้มีการตราพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติบรรพ 5 และบรรพ 6 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พุทธศักราช 2477 ขึ้นเมื่อ พ.ศ. 2486 แล้ว[1] การใช้กฎหมายอิสลามในเขตปกครองบริเวณเจ็ดหัวเมืองก็เป็นอันถูกยกเลิกไป และประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็มีผลบังคับทั่วราชอาณาจักร โดยไม่มีการยกเว้นหลักกฎหมายทั่วไป แล้วให้ใช้กฎหมายอิสลามในเขตปกครองบริเวณเจ็ดหัวเมืองในฐานะกฎหมายเฉพาะอีกต่อไป

แต่เมื่อได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ. 2489 โดยกฎหมายกำหนดให้ใช้กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกบังคับในคดีแพ่งซึ่งอิสลามศาสนิกเป็นทั้งโจทก์จำเลย หรือเป็นผู้เสนอคำขอในคดีที่ไม่มีข้อพิพาทในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล แทนบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยการนั้น ก็ทำให้กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกกลับมามีผลบังคับในฐานะเป็นกฎหมายเฉพาะอีกวาระหนึ่ง ซึ่งเห็นได้ว่าในแง่สารบัญญัตินั้น กฎหมายอิสลามเป็นกฎหมายเฉพาะใน 3 ประการด้วยกัน คือประการแรกในแง่กฎหมายเฉพาะกลุ่มบุคคล คือใช้เฉพาะกรณีที่อิสลามศาสนิกเป็นทั้งโจทก์จำเลยหรือเป็นผู้เสนอคำขอในคดีที่ไม่มีข้อพิพาท ประการที่สองในแง่กฎหมายเฉพาะเรื่อง คือจำกัดเฉพาะคดีแพ่งเกี่ยวด้วยเรื่องครอบครัวและมรดกเท่านั้น ทั้งนี้ไม่ว่าจะเป็นกรณีเป็นคดีพิพาท หรือเป็นคดีไม่มีข้อพิพาท และประการที่สาม ในแง่กฎหมายเฉพาะท้องที่ คือจำกัดเฉพาะท้องที่ในเขตอำนาจศาลจังหวัดปัตตานี นราธิวาส

กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พุทธศักราช 2477 ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 52 หน้า 529 ลงวันที่ 7 มิถุนายน พ.ศ. 2478 ซึ่งมีข้อความทำนองเดียวกันในส่วนที่เกี่ยวด้วยมรดก

[1] โปรดดู คำปรารภของพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติ บรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พุทธศักราช 2477 พุทธศักราช 2486 และกรณีบรรพ 6 ก็ทำนองเดียวกัน.

ยะลา และสตูลเท่านั้น[1] ส่วนในทางวิธีสบัญญัตินั้นพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามฯ พ.ศ. 2489 ก็เป็นกฎหมายเฉพาะในแง่ผู้มีอำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อกฎหมายอิสลาม โดยกฎหมายรับรองให้คำวินิจฉัยชี้ขาดของดะโต๊ะยุติธรรมในข้อกฎหมายอิสลามเป็นเด็ดขาดในคดีนั้นด้วย[2]

โดยที่พระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ. 2489 ระบุไว้ในมาตรา 3 ว่า “ในการวินิจฉัยชี้ขาดคดีแพ่งเกี่ยวด้วยเรื่องครอบครัวและมรดกอิสลามศาสนิกของศาลชั้นต้น....ซึ่งอิสลามศาสนิกเป็นทั้งโจทก์จำเลยหรือเป็นผู้เสนอคำขอในคดีที่ไม่มีข้อพิพาท ให้ใช้กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกบังคับแทนบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยการนั้น ...” เมื่อกฎหมายกล่าวถึงการวินิจฉัยชี้ขาดคดีแพ่ง ดังนั้นจึงเกิดปัญหาขึ้นว่า ในกรณีที่อิสลามศาสนิกไปอ้างสิทธิตามกฎหมายครอบครัวและมรดกตามกฎหมายอิสลามต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐ เพื่อให้ได้สิทธิประโยชน์ตามกฎหมายอื่น เช่นเพื่อขอรับค่าสวัสดิการรักษาพยาบาล หรือบำเหน็จตกทอด เจ้าหน้าที่ของรัฐมักจะอ้างว่า หากไม่ใช่คดีแพ่งเกี่ยวด้วยครอบครัวมรดก เช่นในกรณีที่เป็นข้อโต้แย้งสิทธิระหว่างเอกชนกับหน่วยงานของรัฐ หรือไม่ใช่กรณีที่ศาลในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูลมีเขตอำนาจ ซึ่งในหลายกรณีหน่วยงานของรัฐมิได้ตั้งอยู่ในท้องที่ที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลในจังหวัดเหล่านั้น หรือไม่ใช่กรณีที่ศาลได้ชี้ขาดไว้แล้ว หน่วยงานของรัฐย่อมไม่ต้องผูกพันที่จะต้องรับรองสิทธิหรือปฏิบัติตามคำร้องที่อ้างกฎหมายอิสลามของอิสลามศาสนิก

---

[1] โปรดดู พระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ. 2489 ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 63 ตอนที่ 77 ลงวันที่ 3 ธันวาคม พ.ศ. 2489 หน้า 633 มาตรา 3 “ในการวินิจฉัยชี้ขาดคดีแพ่งเกี่ยวด้วยเรื่องครอบครัวและมรดกอิสลามศาสนิกของศาลชั้นต้นในจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล ซึ่งอิสลามศาสนิกเป็นทั้งโจทก์จำเลยหรือเป็นผู้เสนอคำขอในคดีที่ไม่มีข้อพิพาท ให้ใช้กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกบังคับแทนบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยการนั้น เว้นแต่บทบัญญัติว่าด้วยอายุความมรดก ทั้งนี้ไม่ว่ามูลคดีเกิดขึ้นก่อนหรือหลังวันใช้พระราชบัญญัตินี้

[2] พระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ. 2489 มาตรา 4 บัญญัติว่า

“การพิจารณาคดีในศาลชั้นต้นตามความในมาตรา 3 ให้ดะโต๊ะยุติธรรมหนึ่งนายนั่งพิจารณาพร้อมด้วยผู้พิพากษา

ให้ดะโต๊ะยุติธรรมมีอำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อกฎหมายอิสลาม และลงลายมือชื่อในคำพิพากษาที่พิพากษาตามคำวินิจฉัยชี้ขาดนั้นด้วย

คำวินิจฉัยชี้ขาดของดะโต๊ะยุติธรรมในข้อกฎหมายอิสลามให้เป็นอันเด็ดขาดในคดีนั้น”

เพราะกฎหมายระบุให้ใช้กฎหมายอิสลามในการวินิจฉัยชี้ขาดคดีแพ่งในศาลเท่านั้น ดังนั้น เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องรอให้มีคำพิพากษาของศาลก่อน เป็นเหตุให้ประชาชนที่ประสงค์จะเรียกร้องสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งต้องนำคดีไปฟ้องต่อศาล หรือร้องขอให้ศาลสั่งในคดีไม่มีข้อพิพาทเสียก่อน ทำให้เกิดเป็นภาระแก่ประชาชนอย่างมาก ดังนั้นจึงควรจะมีการแก้ไขกฎหมายให้รับรองผลบังคับของกฎหมายอิสลาม ไม่เฉพาะแต่ในศาล แต่ให้มีผลนอกศาลด้วยเพื่อจะได้ผูกพันหน่วยงานต่าง ๆ ของรัฐ

ปัญหาทำนองนี้เป็นปัญหาโต้แย้งที่เคยมีมาในอดีต ดังเช่นในคำพิพากษาฎีกาที่ 1355/2479 ศาลฎีกาเคยวางแนววินิจฉัยไว้แจ้งชัดว่า กฎหมายอิสลามเป็นกฎหมายของไทย คดีใดต้องใช้กฎหมายอิสลามบังคับเป็นหน้าที่ของศาลผู้ใช้กฎหมายจะต้องรู้ ไม่ใช่หน้าที่ที่คู่ความจะต้องนำสืบ เพราะกฎหมายอิสลามไม่ใช่กฎหมายต่างประเทศ นั่นหมายความว่า เจ้าหน้าที่ของรัฐในฐานะผู้ใช้กฎหมายก็ต้องรู้กฎหมายอิสลามในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายไทยเช่นกันและต่อมาได้มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 90/2483 มายืนยันว่า เมื่อเจ้ามรดกเป็นอิสลามศาสนิกและมีภูมิลำเนาอยู่ที่จังหวัดสตูล มีมรดกเป็นที่ดินอยู่ในเขตจังหวัดพระนคร แม้ทายาทจะเรียกร้องให้แบ่งมรดกตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่ผู้จัดการมรดกได้จัดแบ่งมรดกตามกฎหมายอิสลามนั้น ศาลเห็นชอบด้วยการใช้กฎหมายอิสลามบังคับในกรณีนี้ เพราะกฎหมายอิสลามว่าด้วยมรดกย่อมใช้บังคับแก่ทรัพย์มรดกได้ไม่ว่าจะเป็นอสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์และไม่ว่าทรัพย์มรดกนั้นจะตั้งอยู่ที่จังหวัดใด[1]

---

[1] ก่อนคดีนี้คู่ความในกรณีเดียวกันได้นำคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาล เพื่อให้วินิจฉัยในประเด็นว่า กรณีที่ทรัพย์มรดกเป็นอสังหาริมทรัพย์ จะต้องปรับใช้กฎหมายภูมิลำเนาของเจ้ามรดก หรือจะต้องใช้กฎหมายแห่งท้องถิ่นที่ทรัพย์ตั้งอยู่มาบังคับแก่กรณี โดยศาลฎีกาได้มีคำพิพากษาฎีกาที่ 1286/2481 ไว้ว่า ศาลจังหวัดสตูลได้แต่งตั้งผู้จัดการมรดกของผู้ตายซึ่งเป็นอิสลามศาสนิกไว้แล้ว หากต่อมาโจทก์เห็นว่าผู้จัดการมรดกจัดการมรดกไม่ถูกต้องตามหน้าที่ ก็ต้องว่ากล่าวต่อศาลจังหวัดสตูล การที่ทรัพย์บางอย่างเป็นอสังหาริม-ทรัพย์ อยู่ในกรุงเทพมหานคร ไม่เป็นเหตุให้จำกัดอำนาจของศาลจังหวัดสตูลในเรื่องมรดกนี้ และไม่ทำให้ศาลแพ่งมีอำนาจรับคดีไว้พิจารณาได้ อย่างไรก็ตาม พึงระลึกไว้ด้วยว่า การใช้กฎหมายอิสลามในกรณีทำนองนี้ ย่อมใช้ได้แก่ทรัพย์ที่รู้แน่ว่าเป็นทรัพย์ในกองมรดกแล้วเท่านั้น แต่ถ้ามีปัญหาข้อกฎหมายเบื้องต้นว่า ทรัพย์ใดเป็นทรัพย์มรดกหรือไม่ ก็จะมีปัญหาโต้แย้งกันในเบื้องต้นว่า เป็นปัญหาในกฎหมายลักษณะทรัพย์ซึ่งต้องใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะทรัพย์สินบังคับ หรือจะเป็นปัญหาในกฎหมายลักษณะมรดกซึ่งต้องใช้กฎหมายอิสลามบังคับ ซึ่งกรณีดังกล่าวศาลได้วางแนวคำพิพากษาไว้ใน คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5210/2545 ว่าทรัพย์ใดเป็นทรัพย์มรดกหรือไม่ จะนำกฎหมายอิสลามมาใช้บังคับไม่ได้ ต้องใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นหลักวินิจฉัยก่อน ต่อเมื่อทรัพย์สินนั้นเป็นมรดกแล้ว จึงจะใช้กฎหมายอิสลามในการแบ่งทรัพย์มรดกให้แก่ทายาทต่อไป

อีกคดีหนึ่งเป็นคดีเกิดขึ้นที่จังหวัดสงขลา นอกเขต 4 จังหวัดที่ใช้กฎหมายอิสลาม คดีนี้ศาลฎีกาได้พิพากษาไว้ในคำพิพากษาฎีกาที่ 2812-2816/2525 เป็นคดีที่มีผู้ถูกรถชนตายที่สงขลา ผู้อ้างตนเป็นบิดาฟ้องเรียกค่าเสียหาย แต่ศาลชั้นต้นยกฟ้อง เนื่องจากเห็นว่าบิดาไม่มีอำนาจฟ้อง เพราะไม่เป็นผู้เสียหาย เนื่องจากผู้ที่ถูกรถชนตายเป็นบุตรที่เกิดจากการสมรสที่ไม่ได้จดทะเบียนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพราะผู้อ้างตนว่าเป็นบิดานั้นทำการสมรสกับมารดาของผู้ตายก็จริง แต่เป็นการสมรสตามหลักกฎหมายอิสลาม และคู่สมรสนี้มีภูมิลำเนาอยู่ในจังหวัดยะลา แม้จะเป็นสามีภริยาโดยชอบด้วยกฎหมายอิสลาม ก็อ้างได้เฉพาะในศาลจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูลตามที่กฎหมายกำหนด แต่ไม่อาจอ้างได้ในศาลจังหวัดสงขลาซึ่งเป็นศาลที่อยู่นอกเขตที่กฎหมายกำหนด แต่คดีนี้ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า เมื่อผู้อ้างตนเป็นบิดาได้ทำการสมรสกับมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายอิสลามแล้ว บุตรที่เกิดจากหญิงภริยาย่อมมีฐานะเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของคู่สมรสของหญิงด้วย และฐานะดังกล่าวเป็นสิทธิเฉพาะตัวที่กฎหมายรับรอง โดยไม่ต้องคำนึงว่าคดีจะเกิดพิพาทกันในจังหวัดใด ๆ ก็ตาม เมื่อผู้ถูกทำละเมิดเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายอิสลามย่อมฟ้องผู้ทำละเมิดให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนได้

คำพิพากษาทั้งสามฉบับนี้ยืนยันหลักที่ว่า กฎหมายอิสลามเป็นส่วนหนึ่งของระบบกฎหมายไทย มีค่าบังคับเช่นเดียวกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และบุคคลที่ได้รับสิทธิตามกฎหมายอิสลามย่อมอ้างสิทธิเช่นนั้นในทางแพ่งได้เสมอ แม้ในศาลอื่นนอกจากศาลแพ่งในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล

ข) ข้อโต้แย้งเรื่องขอบเขตบังคับของกฎหมายอิสลาม

แต่แนวคำวินิจฉัยของศาลใน 2 คดีข้างต้นก็อาจไม่เป็นที่รับรู้อย่างกว้างขวาง หรือแม้เป็นที่รู้กันแล้ว ก็อาจเห็นว่าไม่เพียงพอที่จะถือเป็นแนวปฏิบัติสำหรับหน่วยงานของรัฐได้อย่างกว้างขวางเพียงพอ ดังกรณีที่เคยมีปัญหาอันสะท้อนให้เห็นความเข้าใจที่ไม่ลงรอยกันในเรื่องนี้ได้ชัดเจน จากกรณีตามบันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 201/2526 ซึ่งคณะกรรมการกฤษฎีกา (ที่ประชุมใหญ่คณะกรรมการร่างกฎหมาย) ได้พิจารณาปัญหาว่า กฎหมายอิสลามมีผลใช้บังคับทั่วไปตลอดทั้งเขตแดน 4 จังหวัดภาคใต้หรือไม่หรือจะใช้บังคับได้เฉพาะในการพิจารณาวินิจฉัยคดีแพ่งของศาลในเขต 4 จังหวัดภาคใต้เท่านั้น ต่อปัญหานี้ คณะกรรมการกฤษฎีกาได้ลงความเห็นว่า เจ้าหน้าที่ของรัฐในส่วนราชการอื่นไม่มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยปัญหา

กฎหมายอิสลามได้เอง ดังนั้นการใช้กฎหมายอิสลามบังคับจึงต้องให้ศาลที่มีอำนาจหน้าที่วินิจฉัยปัญหากฎหมายอิสลามได้วินิจฉัยให้เป็นเด็ดขาดเสียก่อน[1]

การพิจารณาปัญหาดังกล่าวนี้เกิดขึ้นในยุคที่เริ่มเกิดกระแสเรียกร้องให้มีการพัฒนาการใช้กฎหมายอิสลามในเขต 4 จังหวัดภาคใต้หลังเกิดกระแสปฏิวัติอิสลามขึ้นในอิหร่านเมื่อ พ.ศ. 2522 ที่แพร่ไปทั่วโลก และก่อให้เกิดความตื่นตัวในการใช้กฎหมายอิสลามขึ้น ทางราชการได้ตอบสนองกระแสความตื่นตัวนี้ โดยกระทรวงยุติธรรมได้จัดให้มีการสัมมนาการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูลขึ้นเมื่อ พ.ศ. 2525 และในการสัมมนาครั้งนั้นได้มีการหยิบยกปัญหาขอบเขตบังคับของกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวมรดกว่าควรจะมีขอบเขตบังคับเฉพาะคดีที่ขึ้นสู่การวินิจฉัยของศาล หรือจะใช้เป็นการทั่วไปในเขต 4 จังหวัด ปรากฏว่าเสียงข้างมากของผู้เข้าร่วมสัมมนาเห็นว่า ควรมีขอบเขตบังคับเฉพาะในกรณีที่มีคดีขึ้นสู่การวินิจฉัยของศาลเท่านั้น เพราะพากันเห็นว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งมีผลบังคับเป็นการทั่วไปนอกจากเรื่องที่เป็นคดีแพ่งเกี่ยวด้วยครอบครัวมรดกที่เป็นข้อพิพาทหรือเป็นคำร้องสู่การพิจารณาของศาลนั้น ก็ให้ความเป็นธรรมแก่ชาวมุสลิมเพียงพออยู่แล้ว ทั้งการรับรองให้กฎหมายอิสลามซึ่งเป็นกฎหมายศาสนามีผลบังคับนอกเหนือจากการพิจารณาของศาลนั้น จะก่อให้เกิดปัญหาตามมามากมาย ในขณะที่ฝ่ายข้างน้อยเห็นว่า การจำกัดให้กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวมรดกมีผลบังคับเฉพาะกรณีที่ขึ้นสู่การพิจารณาของศาลจะทำให้การบังคับใช้กฎหมายไม่เป็นเอกภาพลงรอยกัน เพราะหากถือว่ากรณีที่ไม่ได้นำขึ้นสู่การพิจารณาของศาลให้ใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บังคับ ก็จะทำให้เกิดการใช้กฎหมายหลายระบบในเรื่องเดียวกันในท้องที่เดียวกัน และเกิดความลักลั่นอันกระทบต่อความมั่นคงและความเป็นเอกภาพทางกฎหมายขึ้นได้[2]

อย่างไรก็ตาม เมื่อคณะรัฐมนตรีได้ส่งรายงานและข้อเสนอแนะจากการสัมมนาฯ ให้คณะกรรมการพิจารณาข้อเสนแนะจากการสัมมนาฯ พิจารณาต่อไป ปรากฏว่าคณะกรรมการฯ ไม่เห็นด้วยกับความเห็นของฝ่ายเสียงข้างมากในการสัมมนา และตั้งข้อโต้แย้งว่า กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกควรมีผลบังคับใช้เป็นการทั่วไป ไม่จำกัดเฉพาะในการพิจารณาคดีของ

---

1 โปรดดูเรื่องเสร็จที่ 201/2526 ใน วารสารกฎหมายปกครอง, เล่ม 2, เมษายน พ.ศ. 2526, หน้า 127-136 และบันทึกของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาประกอบบันทึกของคณะกรรมการกฤษฎีกา, ในเรื่องเดียวกัน หน้า 137-152

2 กระทรวงยุติธรรม, การสัมมนาการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล, กรุงเทพฯ, พ.ศ. 2525 หน้า 107 และโปรดดู มุฮำหมัดซากี เจ๊ะหะ, ความลักลั่นของกฎหมาย: กรณีศึกษาพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ. 2489, ใน วารสาร AL-NUR บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยอิสลามยะลา, ปีที่ 5 ฉบับที่ 8 (มกราคม-มิถุนายน 2553), หน้า 73, 76

ศาลเท่านั้น มิฉะนั้นจะเกิดความเหลื่อมล้ำในการใช้กฎหมาย[1] และคณะกรรมการฯ ได้ทำเป็นข้อเสนอไปยังคณะรัฐมนตรีว่า “*แม้ตามตัวอักษรของบทบัญญัติในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ. 2489 จะมีความหมายไปในทางให้ใช้กฎหมายอิสลามได้ในศาลเท่านั้น ก็ควรตีความให้กฎหมายอิสลามมีผลใช้บังคับนอกศาลในเขต 4 จังหวัดด้วย เพื่อมิให้เป็นการลักลั่นกันระหว่างศาลและหน่วยงานอื่น*”เป็นเหตุให้คณะรัฐมนตรีมีมติให้ส่งเรื่องไปยังคณะกรรมการกฤษฎีกาเพื่อขอหารือว่าแนวทางในการปรับใช้กฎหมายอิสลาม ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ. 2489 ควรจะเป็นอย่างไรต่อไป

ค) ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกาฝ่ายเสียงข้างมาก

เมื่อเรื่องเข้าสู่การพิจารณาของคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะกรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ 6) คณะกรรมการฝ่ายเสียงข้างมากมีความเห็นว่า

1) พระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ. 2489 เป็นกฎหมายพิเศษยกเว้นผลบังคับใช้ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ดังกล่าว จึงต้องตีความโดยเคร่งครัด

ดังนั้นเมื่อมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ. 2489 บัญญัติให้ศาลวินิจฉัยชี้ขาดคดีแพ่งเกี่ยวด้วยครอบครัวมรดกตามกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกแทนบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยการนั้น เว้นแต่บทบัญญัติว่าด้วยอายุความมรดก เห็นได้ว่ากฎหมายมุ่งหมายให้ศาลเป็นผู้ใช้กฎหมายอิสลามวินิจฉัยชี้ขาดคดีแพ่งซึ่งได้ฟ้องเป็นคดีหรือร้องต่อศาลตามกระบวนกฎหมายแล้วเท่านั้น

อนึ่ง ตามความในมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวก็ได้บัญญัติให้ดะโต๊ะยุติธรรมหนึ่งนายนั่งพิจารณาพร้อมด้วยผู้พิพากษาโดยให้มีอำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อกฎหมายอิสลามและให้คำวินิจฉัยชี้ขาดของดะโต๊ะยุติธรรมเป็นอันเด็ดขาด ฉะนั้น เจ้าหน้าที่ของรัฐในส่วนราชการอื่นจึงผูกพันตามคำพิพากษาและคำสั่งของศาลในเรื่องดังกล่าวเท่านั้น กล่าวโดยทั่วไปแล้ว เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่อาจพิจารณาใช้กฎหมายอิสลามได้เอง เพราะมาตรา 4 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวให้อำนาจดะโต๊ะยุติธรรมวินิจฉัยชี้ขาดข้อกฎหมายอิสลามในศาลเท่านั้น ดังนั้น การที่จะตีความในทางขยายความให้กฎหมายอิสลามมีผลใช้บังคับนอกศาล โดยให้เจ้าหน้าที่ของรัฐรับรองสิทธิของอิสลามศาสนิกอันพึงมีพึงได้ตามกฎหมายอิสลามนอกเหนือไป

---

[1] หนังสือกระทรวงยุติธรรม ที่ 1401/25946 ลงวันที่ 16 สิงหาคม 2525

จากการปฏิบัติตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลย่อมเป็นการตีความเกินเจตนารมณ์ที่แท้จริงของกฎหมายดังกล่าว

2) แต่หากคณะรัฐมนตรีประสงค์จะให้กฎหมายอิสลามมีผลบังคับใช้ทั่วไปอย่างแท้จริงก็จะต้องแก้ไขกฎหมายในเรื่องนี้ และกรรมการฝ่ายเสียงข้างมากได้ให้ข้อสังเกตไว้ด้วยว่า หากจะแก้ไขกฎหมายให้เจ้าหน้าที่ของรัฐพิจารณาใช้กฎหมายอิสลามนอกศาลได้ อาจจะเป็นปัญหาในทางปฏิบัติต่อไป เพราะดะโต๊ะยุติธรรมเท่านั้นที่จะวินิจฉัยชี้ขาดข้อกฎหมายอิสลามได้

ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาฝ่ายเสียงข้างมากนี้ ต่อมาได้มีการเวียนให้หน่วยงานของรัฐรับทราบ และถือปฏิบัติจนเป็นเหตุให้เกิดการกล่าวขวัญกันว่า "กฎหมายอิสลามมีผลบังคับเฉพาะในศาลเท่านั้น" ดังจะได้กล่าวถึงในบทที่ 5 ข้อ 5.2, 5.3 ต่อไปข้างหน้า

ง) ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาฝ่ายเสียงข้างน้อย

กรรมการฝ่ายข้างน้อย (กรรมการร่างกฎหมายคณะที่ 6) มีความเห็นไปในทำนองว่า กรณีเรื่องนี้เป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดว่ากฎหมายอิสลามเป็นกฎหมายที่พึงใช้ปรับแก่กรณี ทั้งนี้เพราะตามเหตุผลของเรื่องนั้น กฎหมายอิสลามเป็นกฎหมายที่มีจุดเกาะเกี่ยวใกล้ชิดกับวิถีชีวิตของอิสลามศาสนิกในเขต 4 จังหวัดภาคใต้ ในเรื่องเกี่ยวด้วยครอบครัวและมรดกมากที่สุด ในแง่นี้กฎหมายอิสลามจึงเป็นกฎหมายเฉพาะกลุ่มบุคคล เฉพาะเรื่อง และเฉพาะท้องที่ที่ต้องปรับใช้ในเรื่องเกี่ยวด้วยครอบครัวและมรดกของอิสลามศาสนิกในท้องที่ 4 จังหวัดภาคใต้เป็นการทั่วไป

กรรมการกฤษฎีกาฝ่ายเสียงข้างน้อย ได้ชี้ให้เห็นว่า

1) การที่มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ.2489 บัญญัติว่า "ในการวินิจฉัยชี้ขาดคดีแพ่งเกี่ยวด้วยเรื่องครอบครัวและมรดกอิสลามศาสนิกของศาลชั้นต้นในจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล ซึ่งอิสลามศาสนิกเป็นทั้งโจทก์จำเลยหรือเป็นผู้เสนอคำขอในคดีที่ไม่มีข้อพิพาท ให้ใช้กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกบังคับแทนบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยการนั้น...." นั้น เป็นบทบัญญัติที่กำหนดว่าพึงใช้กฎหมายใดปรับแก่คดีครอบครัวมรดกอิสลามศาสนิกในเขต 4 จังหวัด มิได้มุ่งหมายให้กฎหมายอิสลามมีผลใช้บังคับเฉพาะในกรณีที่เป็นคดีมาสู่ศาลแล้ว เท่านั้น แต่มุ่งหมายให้ศาลวินิจฉัยคดีให้ต้องด้วยมูลคดี การกำหนดให้วินิจฉัยคดีตามกฎหมายอิสลามในกรณีที่ระบุไว้ ก็เป็นการกำหนดให้ศาลวินิจฉัยชี้ขาดคดีตามกฎหมายอิสลาม อันเป็นกฎหมายที่พึงบังคับแก่กรณีตามมูลคดีที่มาสู่ศาลนั้น แสดงให้เห็นว่ากฎหมายอิสลามในกรณีนั้น เป็นกฎหมายที่พึงได้ใช้บังคับแก่กรณีที่เกิดขึ้นก่อนที่คู่ความนำคดีมาสู่ศาลอยู่แล้ว บทบัญญัติมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ. 2489 เป็นแต่เพียงกฎหมายที่กำหนดวิธีพิจารณาคดีที่ระบุไว้เท่านั้น ดังนั้น จึงไม่จำเป็นต้องแก้ไขกฎหมายในเรื่องนี้แต่อย่างใด

2) กฎหมายอิสลามย่อมมีผลใช้บังคับทั่วไปตลอดทั้งเขตแดน 4 จังหวัดภาคใต้ ไม่เฉพาะแต่เมื่อมีคดีมาสู่ศาลเท่านั้น เพราะกรณีที่จะมาสู่ศาลนั้นย่อมเกิดกรณีที่เป็นมูลคดีขึ้นก่อน จนเป็นข้อพิพาทแล้วจึงมาสู่ศาลในที่สุด การที่จะเข้าใจว่าเมื่อเกิดมูลคดีเป็นข้อพิพาทนอกศาลต้องบังคับตามกฎหมายทั่วไป เช่นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แล้วต่อมาเมื่อคดีมาสู่ศาลกลับต้องใช้บังคับตามกฎหมายอิสลามอันไม่ใช่กฎหมายเดียวกันกับกฎหมายที่ใช้กับมูลคดีในเวลาที่เกิดพิพาทกันนั้น เป็นการที่ขัดแย้งกันเกินกว่าที่จะเป็นไปได้ เพราะเมื่อศาลจะตัดสินคดีนี้ ศาลย่อมต้องใช้กฎหมายที่พึงบังคับใช้แก่มูลคดีในขณะที่เกิดเป็นข้อพิพาทขึ้นใช้บังคับแก่ข้อพิพาทนั้น

เรื่องขัดแย้งเกินกว่าที่จะเป็นไปได้ที่กรรมการร่างกฎหมายฝ่ายเสียงข้างน้อยกล่าวถึงไว้นี้ อาจเกิดขึ้นได้ในกรณีที่ชายและหญิงมุสลิมในเขต 4 จังหวัดภาคใต้ที่ประสงค์จะทำการสมรสกัน ได้ไปจดทะเบียนสมรสกันโดยชอบด้วยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กรณีนี้หากนายทะเบียนสมรสเห็นว่าทั้งคู่เป็นอิสลาม ต้องใช้กฎหมายอิสลามบังคับ ก็อาจเรียกให้คู่กรณีไปทำการสมรสกันตามแบบพิธีตามกฎหมายอิสลามเสียก่อน แล้วค่อยมาจดทะเบียนสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ภายหลัง แต่ถ้านายทะเบียนสมรส เห็นว่าคู่กรณีมีสิทธิจดทะเบียนสมรส และถือว่ากฎหมายอิสลามมีผลใช้เฉพาะในศาล นายทะเบียนสมรสก็ย่อมจะจดทะเบียนสมรสให้ โดยไม่เกี่ยงให้คู่กรณีไปทำการสมรสตามกฎหมายอิสลามเสียก่อน

กรณีข้างต้นนี้ เห็นได้ชัดว่า เรื่องการสมรสของมุสลิมในเขต 4 จังหวัดภาคใต้ เป็นเรื่องครอบครัว จึงเป็นกรณีที่ต้องใช้กฎหมายอิสลามบังคับ แต่หากถือตามความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาฝ่ายเสียงข้างมากว่า กฎหมายอิสลามมีผลเฉพาะในศาล กรณีก็จะก่อให้เกิดผลประหลาด กล่าวคือหากการสมรสดังกล่าวได้จดทะเบียนกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ การสมรสนั้นก็ย่อมมีผลสมบูรณ์บังคับได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่ในแง่กฎหมายอิสลาม หากการสมรสดังกล่าวเพียงแต่จดทะเบียนกันโดยไม่ได้ทำตามแบบมุสลิม หรือหากการสมรสนั้นเป็นการสมรสต้องห้ามตามกฎหมายอิสลาม การสมรสนั้นแม้จะได้จดทะเบียนไว้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว ก็ย่อมเป็นการสมรสที่ไม่สมบูรณ์ตามกฎหมายอิสลาม การอยู่กินร่วมกันย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมายอิสลาม อย่างไรก็ดี หากถือว่ากฎหมายอิสลามมีผลเฉพาะในศาล ก็จะส่งผลต่อไปว่าความไม่สมบูรณ์นี้จะยกขึ้นอ้างได้ เฉพาะต่อเมื่อดะโต๊ะยุติธรรมวินิจฉัยว่าไม่สมบูรณ์ตามกฎหมายอิสลามเสียก่อน[1]

จ) ความเห็นของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

เนื่องจากความเห็นของคณะกรรมการร่างกฎหมายคณะที่ 6 แยกออกเป็นสอง

---

1 ตัวอย่างจาก สมบูรณ์ พุทธจักร, การใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล, วิทยานิพนธ์ นิติศาสตร์มหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, พ.ศ. 2529 หน้า 120

ฝ่าย และเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกาเห็นว่าเป็นความเห็นต่างในสาระสำคัญ จึงได้นำเรื่องเข้าหารือในที่ประชุมใหญ่คณะกรรมการร่างกฎหมายและที่ประชุมใหญ่คณะกรรมการร่างกฎหมายเห็นพ้องด้วยกับความเห็นของฝ่ายข้างมากในคณะกรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ 6 (มติ 31 เสียงต่อ 7 เสียง) แต่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเห็นด้วยกับฝ่ายเสียงข้างน้อย โดยเห็นว่าความเห็นฝ่ายเสียงข้างน้อยควรได้รับการพิจารณาจากคณะรัฐมนตรี จึงได้ทำบันทึกความเห็นของสำนักงาน แนบประกอบไปกับบันทึกความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา (ที่ประชุมใหญ่คณะกรรมการร่างกฎหมาย) โดยสรุปว่ากรณีการตีความกฎหมายดังกล่าว อาจตีความได้สองนัย โดยอาศัยฐานความคิดที่แตกต่างกัน ซึ่งกรรมการฝ่ายเสียงข้างมากนั้นตีความโดยเคร่งครัด อาศัยความหมายของ "ถ้อยคำ" เป็นเกณฑ์ในการตีความในลักษณะจำกัดความหมาย ส่วนกรรมการฝ่ายเสียงข้างน้อยตีความโดยมองปัญหาตาม "ความเป็นจริง"ในการบังคับใช้กฎหมาย เพราะเมื่อกฎหมายให้ใช้กฎหมายอิสลามในคดีที่มีมูลคดีเกี่ยวเนื่องกับบุคคลเฉพาะกลุ่ม เฉพาะประเภทคดี ในท้องที่เฉพาะแห่งในศาล ก็ย่อมจะรับรองให้กฎหมายอิสลามบังคับใช้ในคดีบางประเภทเหล่านั้นนอกศาล คือตั้งแต่ยังไม่เป็นคดีมาสู่ศาลด้วย

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้ชี้ให้คณะรัฐมนตรีเห็นว่า เมื่อกฎหมายรับรองให้ศาลปรับใช้กฎหมายอิสลามในความสัมพันธ์ทางแพ่งเกี่ยวด้วยครอบครัวและมรดก และหลักกฎหมายอิสลามดังกล่าวปรากฏให้เห็นได้แจ้งชัด หรือปรากฏให้เห็นได้จากแนวคำพิพากษาของศาลแล้ว เจ้าหน้าที่ของรัฐก็ต้องยอมรับ และวินิจฉัยสั่งการตามกฎหมายอิสลามในเรื่องนั้นด้วย ทั้งนี้กฎหมายอิสลามย่อมมีผลบังคับเฉพาะในคดีแพ่งเกี่ยวด้วยครอบครัวและมรดกในฐานะที่เป็นความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชน เช่นทายาทใดเป็นทายาทที่จะได้รับมรดกเพียงใด หรือภริยาคนใดเป็นภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย หรือใครเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมาย เป็นต้น แต่การใช้กฎหมายอิสลามในกรณีเหล่านี้ ย่อมมีค่าบังคับในทางกฎหมายเอกชนเป็นสำคัญ แม้อาจจะมีส่วนเกี่ยวข้องกับนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับรัฐในปัญหากฎหมายเบื้องต้นเกี่ยวด้วยครอบครัวมรดก เช่นใครบ้างเป็นภริยาโดยชอบ ใครบ้างเป็นบุตร ก็ไม่ทำให้กฎหมายอิสลามมีผลใช้บังคับในเรื่องการอ้างสิทธิหรือการใช้สิทธิทางกฎหมายปกครองหรือกฎหมายมหาชนได้ เช่นบุตรคนใด หรือภริยาคนใดจะเป็นผู้ได้รับบำเหน็จตกทอดจากกระทรวงการคลังว่าด้วยบำเหน็จบำนาญ หรือใครบ้างจะมีสิทธิได้รับสวัสดิการรักษาพยาบาลของทางราชการ หรือจำนวนบุตรหรือจำนวนภริยาที่อาจหักค่าลดหย่อนตามประมวลรัษฎากร ซึ่งทางราชการย่อมจะวางระเบียบปฏิบัติเป็นเรื่อง ๆ ไป เพื่อให้การดำเนินงานของรัฐเป็นไปอย่างมีระเบียบตามนโยบายของรัฐบาล เช่นการจดทะเบียนสมรสให้แก่ชายที่มีคู่สมรสตามกฎหมายอิสลามหลายคน ย่อมจดทะเบียนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้เพียงคนเดียว หรือการจดทะเบียนโอนที่ดินให้แก่ทายาทผู้ได้รับมรดกของอิสลามศาสนิกตามหลักการแบ่งหรือการจัดการมรดกตามกฎหมายอิสลาม และในขณะเดียวกันก็

จะทำได้เพียงเท่าที่ไม่เป็นการขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนทั้งในแง่ของอิสลามและในแง่ของสังคมส่วนรวม ดังนี้เป็นต้น

ฉ) ความเปลี่ยนแปลงในแนวปฏิบัติของหน่วยงานของรัฐ

ปัญหาว่า หน่วยงานของรัฐพึงจะปฏิบัติอย่างไรในการใช้กฎหมายอิสลามเกี่ยวด้วยครอบครัวมรดก ในเขต 4 จังหวัดภาคใต้ ยังคงเป็นปัญหาถกเถียงกันเรื่อยมา แต่ก็พอจะกล่าวได้ว่า โดยทั่วไปหน่วยงานของรัฐจะถือตามแนวความคิดเห็นของฝ่ายเสียงข้างมากของคณะกรรมการกฤษฎีกา คือถือว่าการวินิจฉัยสิทธิหน้าที่เกี่ยวด้วยครอบครัวและมรดกเป็นอำนาจของศาลเท่านั้น เจ้าหน้าที่ของรัฐอื่นใดไม่มีอำนาจวินิจฉัยปัญหาเรื่องนี้ ดังนั้นผู้นับถือศาสนาอิสลามจึงต้องพึ่งคำวินิจฉัยของศาลเป็นพยานในการอ้างหรือแสดงสิทธิของตนต่อหน่วยงานของรัฐอื่นเสมอมา

อย่างไรก็ดี เมื่อไม่นานมานี้ได้เกิดกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐเริ่มเล็งเห็นภาระปัญหายุ่งยากอันเกิดแก่ประชาชนจากการที่หน่วยงานของรัฐปฏิเสธที่จะวินิจฉัยสิทธิของบุคคลเกี่ยวด้วยครอบครัวและมรดกตามกฎหมายอิสลาม และเกิดสำนึกว่าเป็นหน้าที่ที่หน่วยงานของรัฐจะต้องวินิจฉัยสิทธิเกี่ยวด้วยครอบครัวมรดกอันเป็นปัญหาข้อกฎหมายเบื้องต้นด้วยตนเองมากขึ้น ดังตัวอย่างของเรื่องเสร็จที่ 120/2551 ซึ่งมีประเด็นให้วินิจฉัยว่า หญิงที่จดทะเบียนสมรสกับนายตำรวจคนหนึ่งซึ่งเดิมมีภูมิลำเนาอยู่ที่สระแก้ว นับถือศาสนาพุทธ มีภริยาที่จดทะเบียนสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว ต่อมาได้รับคำสั่งให้ไปปฏิบัติราชการในเขตจังหวัดปัตตานี ระหว่างปฏิบัติหน้าที่นายตำรวจผู้นี้ได้เปลี่ยนศาสนามาเป็นศาสนาอิสลาม และได้จดทะเบียนสมรสกับหญิงที่นับถือศาสนาอิสลาม อายุ 19 ปี ตามกฎหมายอิสลามที่ สำนักงานคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดปัตตานี ทั้งนี้โดยภริยาคนแรกไม่ได้รับรู้ด้วย ครั้นนายตำรวจผู้นั้นถึงแก่ความตาย โดยยังมีภริยาคนแรกที่จดทะเบียนสมรสกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ยังมีชีวิตอยู่ จึงมีปัญหาว่าภริยาคนที่สองที่จดทะเบียนสมรสกันตามกฎหมายอิสลามที่ปัตตานีซึ่งตั้งครรภ์อยู่จะนับเป็นภริยาโดยชอบด้วยกฎหมายของนายตำรวจผู้ตายหรือไม่ หรือบุตรในครรภ์จะถือว่าเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายที่จะมีฐานะเป็นทายาทผู้มีสิทธิได้รับบำเหน็จตกทอดเมื่อข้าราชการผู้นั้นถึงแก่ความตายหรือไม่ อันเป็นปัญหาข้อกฎหมายเบื้องต้นที่เกี่ยวกับสิทธิและสถานะของบุคคลเกี่ยวด้วยเรื่องครอบครัวและมรดก อันจำเป็นต้องตัดสินเสียก่อนที่จะออกคำสั่งทางปกครองว่าจะจ่ายเงินบำเหน็จตกทอดแก่ผู้ใด เพียงใด

เรื่องนี้คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 2) วินิจฉัยว่า นายตำรวจผู้ตายเป็นอิสลามศาสนิกเมื่อได้ทำการสมรสกับหญิงตามกฎหมายอิสลามในฐานะภริยาคนที่สอง โดยมีหนังสือรับรองการสมรสตามพระราชบัญญัติการบริหารองค์กรศาสนาอิสลาม พ.ศ. 2540 ย่อมถือได้ว่าเป็นการสมรสที่ชอบด้วยกฎหมายอิสลาม แต่โดยที่การจดทะเบียนครอบครัวตามพระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัว พ.ศ. 2478 ย่อมจดได้เพียงคนเดียว และในกรณีคู่สมรสชายที่

เป็นอิสลามศาสนิกประสงค์จะจดทะเบียนสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เจ้าหน้าที่จะรับจดทะเบียนแก่หญิงคนใดคนหนึ่งในจำนวนสี่คนตามที่ชายผู้นับถือศาสนาอิสลามจะเลือกเท่านั้น โดยที่มาตรา 1457 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติว่า การสมรสตามประมวลกฎหมายนี้มีได้เฉพาะเมื่อได้จดทะเบียนแล้วเท่านั้น ดังนี้การสมรสตามหลักศาสนาอิสลามที่มีหนังสือรับรองการสมรส แต่ไม่ใช่การจดทะเบียนตามพระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัว พ.ศ. 2478 ย่อมถือไม่ได้ว่าเป็นการจดทะเบียนสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และดังนั้นหญิงที่สมรสตามกฎหมายอิสลามแม้จะมีหนังสือรับรองการสมรสตามหลักอิสลามย่อมไม่จัดเป็นภริยาตามความหมายของมาตรา 48 (2) แห่งพระราชบำเหน็จบำนาญข้าราชการ พ.ศ. 2494 ซึ่งหมายถึงภริยาที่จดทะเบียนสมรสโดยชอบด้วยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เท่านั้นส่วนบุตรในครรภ์นั้นจะมีสิทธิในฐานะทายาทตามเงื่อนไขในบทนิยามว่าด้วย “ทายาทผู้มีสิทธิ” ตามมาตรา 4 พระราชาบัญญัติบำเหน็จบำนาญข้าราชการ พ.ศ. 2494

โดยที่ตามความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 2) ซึ่งพิจารณากรณีนี้ได้รับรองว่าหญิงที่สมรสกับชายโดยมีหนังสือรับรองการสมรสตามพระราชบัญญัติการบริหารองค์กรศาสนาอิสลาม พ.ศ. 2540 ในฐานะที่เป็นคู่สมรสอิสลามศาสนิก ที่ชายอาจมีคู่สมรสได้ถึงสี่คน ย่อมถือว่าเป็นการสมรสที่ชอบด้วยกฎหมายอิสลามแล้ว แต่กลับไม่รับรองว่าเป็นภริยาที่ได้จดทะเบียนโดยชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 1457 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จากแนวความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกาดังกล่าวนี้ ทำให้ผู้ที่มิได้พิจารณาข้อเท็จจริงโดยละเอียดอาจเข้าใจคลาดเคลื่อนไปว่า เจ้าหน้าที่ของรัฐปฏิเสธการรับรองฐานะความเป็นภริยาโดยชอบด้วยกฎหมายอิสลาม ทั้ง ๆ ที่ได้จดทะเบียนไว้ตามพระราชบัญญัติการบริหารองค์กรศาสนาอิสลาม พ.ศ. 2540 แล้ว

แต่อันที่จริงกรณีจะไม่เป็นปัญหาเลย หากพิจารณาในเบื้องต้นเสียก่อนว่า การยอมรับกฎหมายอิสลามในประเทศไทย เป็นการยอมรับระบบกฎหมายเชิงซ้อน การที่ชายซึ่งมีภริยาโดยชอบด้วยกฎหมายอยู่ก่อนแล้ว ไปจดทะเบียนสมรสกับหญิงอื่นซ้อนกันในขณะเดียวกัน ย่อมมีผลให้การจดทะเบียนสมรสครั้งหลังไม่มีผลบังคับได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่อาจมีผลตามกฎหมายอิสลาม เนื่องจากกฎหมายอิสลามยอมรับความสามารถสมรสของของชายที่นับถือศาสนาอื่นอยู่แล้ว แล้วต่อมาชายนั้นได้เปลี่ยนศาสนามานับถืออิสลาม ชายนั้นย่อมขาดจากครอบครัวเดิม หากชายมีภริยาอยู่แล้วในระหว่างที่นับถือศาสนาอื่น การสมรสกับคนนอกศาสนาย่อมเป็นอันสิ้นสุดลง ดังนั้นเมื่อชายนั้นเปลี่ยนมาเป็นอิสลามิกและมาสมรสกับหญิงอิสลามตามหลักกฎหมายอิสลาม การสมรสนั้นย่อมสมบูรณ์ในฝ่ายอิสลาม โดยไม่ต้องคำนึงถึงว่า การสมรส

ตามหลักอิสลามนี้จะเป็นการสมรสซ้อนกับการสมรสเดิมที่จดทะเบียนไว้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ตาม[1]

อย่างไรก็ดี หากพิจารณาจากฝ่ายบ้านเมืองซึ่งยึดถือหลักทะเบียนสมรส ย่อมต้องถือว่าการสมรสครั้งแรกที่จดทะเบียนไว้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ยังไม่สิ้นสุดลง การสมรสครั้งหลังแม้จะมีผลตามกฎหมายอิสลามก็ย่อมมีผลจำกัดในทางแพ่งเกี่ยวครอบครัวและมรดกในหมู่อิสลามศาสนิกและเฉพาะในท้องที่ที่กฎหมายอิสลามมีผลบังคับเท่านั้น แม้ตามกฎหมายอิสลามจะถือว่าการสมรสเดิมสิ้นสุดลง แต่ก็สิ้นสุดลงตามกฎหมายอิสลาม ไม่กระทบต่อการสมรสครั้งแรกที่จดทะเบียนไว้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ การสมรสจึงสมบูรณ์ซ้อนกันอยู่ ในกรณีที่ชายมามีภูมิลำเนาอยู่ในเขต 4 จังหวัดภาคใต้ และมีมรดกเป็นทรัพย์สินอยู่ในเขตอำนาจศาล 4 จังหวัด หากพิพาทกันระหว่างมุสลิมในเรื่องมรดก ก็ต้องเป็นไปตามกฎหมายอิสลาม แต่หากคู่พิพาททางมรดกฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมิใช่อิสลาม กรณีย่อมต้องปรับใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ส่วนในกรณีที่หญิงที่จดทะเบียนตามกฎหมายอิสลามนี้มีเพียงคนเดียว ไม่ซ้อนกับหญิงอื่นที่จดทะเบียนสมรสไว้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือตามกฎหมายอื่นก็ย่อมไม่เป็นปัญหา เพราะจะไม่เกิดปัญหาสถานะครอบครัวและสิทธิขัดกันกับหญิงอื่น เพราะไม่มีหญิง (ภริยา) ที่ได้จดทะเบียนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือมีฐานะเป็นภริยาโดยชอบด้วยกฎหมายอื่นอยู่ก่อนแล้ว

เป็นที่น่ายินดีที่เมื่อเร็ว ๆ นี้ได้มีความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกาเกี่ยวกับการเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายตามกฎหมายอิสลาม ตามเรื่องเสร็จที่ 687/2555 ซึ่งคณะกรรมากรกฤษฎีกา (คณะที่ 11) ได้วินิจฉัยวางแนวไว้ว่า เด็กที่เกิดจากชายและหญิงที่มีภูมิลำเนาอยู่ในจังหวัดนราธิวาส และได้จดทะเบียนสมรสกันตามหลักกฎหมายอิสลาม แม้ไม่ได้จดทะเบียนครอบครัวตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ก็ย่อมเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของตามหลักศาสนาอิสลาม และย่อมมีฐานะเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมาย เช่นเดียวกับบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ด้วย โดยไม่ต้องขอให้ศาลมีคำสั่งว่าเป็นบุตรโดย

---

[1] ทำนองเดียวกัน กรณีเช่นนี้ย่อมเป็นปัญหาในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ด้วย หากชายซึ่งเดิมเป็นอิสลามศาสนิกอยู่ในเขต 4 จังหวัดภาคใต้ และมีภริยาตามกฎหมายอิสลามอยู่แล้วโดยมิได้จดทะเบียนครอบครัวตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แล้วต่อมาย้ายภูมิลำเนาออกมาอยู่นอกเขต 4 จังหวัดภาคใต้ มาทำการสมรสกับหญิงที่ไม่ใช่อิสลามศาสนิกตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งทางแก้ปัญหาทำนองนี้ จำเป็นต้องนำหลักกฎหมายขัดกันว่าด้วยเงื่อนไขการสมรสต้องเป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของคู่กรณีแต่ละฝ่าย (มาตรา 18 พ.ร.บ.ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481) และนายทะเบียนครอบครัวทั้งทางฝ่ายนายทะเบียนราษฎร์ และฝ่ายนายทะเบียนอิสลามจะต้องพิจารณาให้ชัดเจนเสียก่อนการจดทะเบียนสมรส

ชอบด้วยกฎหมายอีกและด้วยเหตุนี้ เมื่อชายถึงแก่ความตายในการปฏิบัติหน้าที่ราชการ กรมบัญชีกลางย่อมสามารถพิจารณาจ่ายบำนาญพิเศษให้แก่หญิงภริยา และบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายอิสลามได้โดยไม่ต้องนำคำสั่งของศาลนราธิวาสมาประกอบการพิจารณา แนวคำวินิจฉัยนี้เป็นเครื่องยืนยันให้เห็นว่า ค่าบังคับของกฎหมายอิสลามมีฐานะเดียวกันกับกฎหมายอื่น โดยเฉพาะประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และย่อมผูกพันหน่วยงานของรัฐในฐานที่เป็นกฎที่มีค่าบังคับเป็นกฎหมายเช่นเดียวกัน

อย่างไรก็ตาม ปัญหาข้อสงสัยทำนองนี้ย่อมเกิดขึ้นต่อไป และไม่อาจแก้ไขได้ด้วยการแก้ไขบทกฎหมาย เพราะเป็นปัญหากฎหมายภายในขัดกัน ซึ่งจำเป็นต้องอาศัยความเข้าใจพื้นฐานตามหลักกฎหมายขัดกันตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลเป็นเครื่องช่วย ตราบเท่าที่ความรู้พื้นฐานทางกฎหมายด้านกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลยังไม่แพร่หลาย ข้อข้องใจในเรื่องกฎหมายภายในขัดกันย่อมดำรงอยู่ต่อไป และยิ่งประเทศไทยกำลังจะก้าวเข้าสู่การเป็นประชาคมเศรษฐกิจ ซึ่งการทำมาค้าขายและการมีธุรกรรม มีวิถีชีวิตเกาะเกี่ยวกับต่างประเทศและชาวต่างประเทศจะเพิ่มขึ้นเป็นทวีคูณตามกาลเวลา ย่อมจะมีปัญหากฎหมายที่พัวพันกันหรือขัดกันอย่างซับซ้อนมากขึ้นเรื่อย ๆ การแก้ปัญหาความเข้าใจทางกฎหมายทำนองนี้จึงอยู่ที่การพัฒนาองค์ความรู้เรื่องกฎหมายขัดกันหรือกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลให้กว้างขวางออกไป ทั้งในหมู่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย และเจ้าหน้าที่ของรัฐ

4.3.12 ปัญหาข้อขัดข้องอันเกิดจากการขัดกันกับกฎหมายอื่น

ปัญหาข้อขัดข้องที่จะหยิบยกขึ้นกล่าวต่อไปนี้ เป็นเพียงปัญหาบางประการในบรรดาปัญหาจำนวนมาก ที่ยังไม่ได้รับการถกเถียงกันในวงวิชาการในประเทศไทยอย่างจริงจัง แต่เป็นปัญหาที่ถูกหยิบยกขึ้นโต้เถียงกันในวงวิชาการกฎหมายและผู้ใฝ่ใจศึกษาปัญหากฎหมายอิสลามในประเทศต่าง ๆ อย่างกว้างขวาง และเป็นที่แน่นอนว่าจะมีผู้หยิบยกขึ้นถกเถียงกันต่อไปในอนาคต ในที่นี้จึงเป็นเพียงการนำเสนอปัญหา และเสนอข้อคิดเบื้องต้นสำหรับการแสวงหาข้อยุติในวันข้างหน้า

ก) เกณฑ์อายุขั้นต่ำในการสมรสตามกฎหมายอิสลาม

การสมรสตามหลักกฎหมายอิสลามนั้นเป็นเรื่องสำคัญ การผิดประเวณีนั้นเป็นสิ่งที่ผิดอย่างสำคัญ ถึงขนาดวางหลักไว้ว่าบุคคลใดพึงเป็นโสด และบุคคลใดพึงทำการสมรส โดยเน้นไว้ด้วยว่า ชายหรือหญิงที่มีความต้องการทางเพศอย่างมาก พึงทำการสมรส เพราะเล็งเห็นว่าครอบครัวเป็นสถาบันที่มีภารกิจทางชีววิทยา ทางเศรษฐกิจ ทางการศึกษา และทางสังคมวัฒนธรรม

ในการนี้หลักกฎหมายอิสลามได้วางเงื่อนไขการสมรสไว้หลายประการ แต่ที่จะหยิบยกขึ้นมาตั้งเป็นปัญหาเพียงบางประการ คือเรื่องเกณฑ์อายุขั้นต่ำในการสมรส

ตามคู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก ฉบับศาลยุติธรรมได้วางหลักไว้ในข้อ 47ว่าการสมรสจะกระทำได้เมื่อคู่สมรสบรรลุศาสนภาวะ และในบทนิยาม ข้อ 1 (15) บุคคลย่อมบรรลุศาสนภาวะเมื่อ อายุ 15 ปี หรือน้ำกามเคลื่อน หรือมีโลหิตประจำเดือนตาม (55) โดยมีอายุประมาณ 9 ปีขึ้นไป

ในแง่กฎหมายจึงอาจเกิดข้อโต้แย้งขึ้นว่า การสมรสตามหลักกฎหมายอิสลามซึ่งทำขึ้นระหว่างหญิงและชายที่บรรลุศาสนภาวะแล้ว คือมีอายุตั้งแต่ 9 ปีขึ้นไป โดยหญิงมีประจำเดือนแล้ว แต่ยังไม่ถึง 17 ปีบริบูรณ์ อันเป็นเกณฑ์อายุขั้นต่ำตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แม้จะได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรม และถือได้ว่าชอบด้วยหลักกฎหมายอิสลาม จะถือได้ว่าเป็นการสมรสที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีหรือไม่ ทั้งนี้เพราะปัญหาดังกล่าวได้เกิดเป็นปัญหาถกเถียงกันในประเทศต่าง ๆ อย่างกว้างขวางว่า การรับรองเกณฑ์อายุขั้นต่ำในการทำการสมรสโดยยอมให้ผู้เยาว์ที่มีอายุระหว่าง 9 – 14 ปีทำการสมรสได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ย่อมจะขัดต่อหลักการคุ้มครองสิทธิของผู้เยาว์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่มีการจัดการสมรสระหว่างชายสูงอายุที่มีฐานะร่ำรวย กับหญิงที่อายุน้อยที่มีประจำเดือนแล้ว ในฐานะเป็นภริยาคนที่สองหรือคนที่สามหรือคนที่สี่เพียงเพราะเหตุผลทางเศรษฐกิจเป็นด้านหลัก

ปัญหานี้ในระบบกฎหมายไทยก็อาจเป็นปัญหาว่า กฎหมายอิสลามในเรื่องนี้จะขัดต่อ “สิทธิในการได้รับการพัฒนาด้านร่างกาย จิตใจ และสติปัญญาตามสภาพแวดล้อมที่เหมาะสม” อันเป็นสิทธิที่กฎหมายรัฐธรรมนูญมุ่งคุ้มครอง ดังที่ปรากฏในมาตรา 52 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย อาทิเช่น สิทธิได้รับการศึกษาอบรม และสิทธิได้รับการพัฒนาด้านร่างกาย จิตใจ สติปัญญา ด้วยการได้รับประสบการณ์ต่าง ๆ ที่หลากหลายสำหรับเด็กและเยาวชนหรือไม่

แม้จะยังไม่มีข้อโต้แย้งถึงชั้นศาลฎีกา แต่ศาลแพ่งก็เคยวินิจฉัยปัญหาคดีนี้ไว้แล้ว ดังจะเห็นได้จาก คำพิพากษาศาลจังหวัดยะลา แพ่ง แดงที่ 28/2535ซึ่งวินิจฉัยไว้ว่าหญิงอายุ 16 ปี 6 เดือน เมื่อสมรสตามหลักกฎหมายอิสลามถูกต้องแล้ว โดยได้รับความยินยอมของบิดามารดา ถือว่าการสมรสดังกล่าวถูกต้องตามกฎหมายแล้ว

อย่างไรก็ดีมีข้อน่าคิดว่า ศาลแพ่งจะยังพึงยึดถือแนวคำวินิจฉัยเช่นนี้หรือไม่ หากเป็นกรณีการสมรสระหว่างชายที่มีอายุมากที่ร่ำรวยและต้องการคนดูแล กับหญิงที่มีอายุน้อยเพียงไม่เกิน 14 ปีบริบูรณ์ที่มีฐานะยากจน โดยให้ไปทำหน้าที่เป็นภริยาคนที่สาม หรือคนที่สี่ของชายนั้น

ในทางอาญาศาลฎีกาได้เคยวางแนวคำพิพากษาไว้ใน คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8523/2552 และ 2269/2544 ว่าการกระทำชำเราหญิงอายุไม่เกิน 15 ปี ไม่ว่าหญิงนั้นจะยินยอมหรือไม่เป็นความผิดอาญา มาตรา 277 วรรคหนึ่ง ประมวลกฎหมายอาญา (เดิม) จะมีข้อยกเว้นว่าหากผู้กระทำความผิดอายุไม่เกิน 18 ปี และกระทำต่อเด็กซึ่งมีอายุกว่าสิบสามปีแต่ยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นยินยอม และภายหลังศาลอนุญาตให้สมรสกัน ผู้กระทำผิดไม่ต้องรับโทษ ซึ่งในกรณี

ตามคำพิพากษาทั้งสองคดีเป็นกรณีที่ผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายเป็นอิสลามศาสนิก มีภูมิลำเนาอยู่ในเขต 4 จังหวัดภาคใต้ ศาลจึงพิพากษาให้ผู้กระทำผิดในคดีนี้ไม่ต้องรับโทษ แต่ต่อมาเมื่อ พ.ศ. 2550 ได้มีการแก้ไขมาตรา 276 และมาตรา 277 วรรคหนึ่งแห่งประมวลกฎหมายอาญาเสียใหม่โดยแก้ไขมาตรา 276 เสียใหม่ให้การข่มขืนกระทำชำเราคู่สมรสเป็นความผิด แล้วแก้มาตรา 277 วรรคหนึ่งเป็นว่าการทำชำเราเด็กอายุไม่ถึง 15 ปีจะเป็นความผิดฐานนี้ได้เฉพาะเมื่อเด็กนั้นไม่ใช่ภริยาหรือสามีตน ซึ่งมีผลให้การกระทำชำเราต่อเด็กแม้อายุไม่ถึง 13 ปี ที่เป็นภริยาหรือสามีของผู้กระทำหากเด็กให้ความยินยอมก็ย่อมไม่เป็นความผิดตามมาตรา 277 จะเป็นความผิดได้ก็เฉพาะกรณีที่เด็กที่เป็นภริยาหรือสามีนั้นไม่ยินยอม อันเข้าข่ายเป็นการข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 แห่งประมวลกฎหมายอาญา และมีผลให้การร่วมเพศกับเด็กที่เป็นคู่สมรส แม้อายุไม่เกิน 13 ปี หากให้ความยินยอมก็ไม่เป็นความผิด

ในทางปฏิบัติประเทศที่ใช้กฎหมายมุสลิมแม้เกณฑ์อายุขั้นต่ำจะตรงกันกับกฎหมายไทย แต่ในหลายประเทศก็มีเสียงเรียกร้องให้ทำการสมรสระหว่างอายุ 15-20 ปีเป็นเกณฑ์ โดยทั่วไปยอมรับกันว่าหญิงอาจมีเกณฑ์อายุขั้นต่ำต่ำกว่าฝ่ายชาย และเพื่อป้องกันการสมรสก่อนวัยอันควร ก็มีการกำหนดว่าจะต้องได้รับความยินยอมจากบิดา-มารดา ผู้ใช้อำนาจปกครองหรือศาลก่อนด้วย

ในอิหร่าน อายุขั้นต่ำที่เป็นเกณฑ์ความสามารถทำการสมรสก่อน ค.ศ. 2002 นั้นอยู่ที่ 9 ปี แต่หลังการปฏิรูปกฎหมายอิสลามเมื่อ ค.ศ. 2002/03 ก็ได้มีการเลื่อนเกณฑ์อายุขั้นต่ำให้สูงขึ้นเป็น 13 ปี สำหรับฝ่ายหญิง และ 15 ปีสำหรับฝ่ายชาย อย่างไรก็ตามการสมรสระหว่างผู้มีอายุต่ำกว่าเกณฑ์ดังกล่าวจะกระทำได้เมื่อได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรมและจากศาลเสียก่อน ที่จริงแล้วได้เคยมีความพยายามของรัฐสภาที่จะกำหนดเกณฑ์อายุขั้นต่ำสำหรับผู้ทำการสมรสไว้ที่ 18 ปี แต่ไม่สำเร็จเพราะไม่ได้รับความเห็นชอบจากสภาผู้อาวุโสของศาสนา[1]

หลักเกณฑ์ข้างต้นได้รับการวิจารณ์จากนักวิชาการอิสลามสายเสรีนิยมว่า หากไม่ทำการปรับปรุงก็จะทำให้กฎหมายอิสลามขัดต่อปฏิญญาสากลสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติและข้อมติต่าง ๆ ของสหประชาชาติที่คัดค้านการสมรสของหญิงผู้อ่อนอายุ โดยยืนยันว่าการกำหนดอายุให้สูงขึ้นไม่ขัดต่อหลักอิสลาม อย่างไรก็ดี จากคำบอกเล่าของผู้พิพากษาจากอิหร่านที่กล่าวรายงานไว้ในการประชุมนานาชาติ ยืนยันว่าอายุเฉลี่ยของคู่สมรสในอิหร่านอยู่ในช่วยอายุ 25-30 ปี ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับพัฒนาการทางเศรษฐกิจ และท้องที่ เช่นในท้องที่เมืองใหญ่เกณฑ์อายุจะสูงกว่าท้องถิ่นชนบทเป็นต้นนอกจากนี้จากสถิติของทางการลิเบียและคูเวต ปรากฏว่าในช่วง 1970 นั้น คู่

---

1 Mathias Rohe, **Das islamische Recht, Geschichte und Gegenwart**, Munich 2009, p.209.

สมรสสาวครึ่งหนึ่งมีอายุเฉลี่ยระหว่าง 15-19 ปี แต่ครั้นมาถึงช่วง 1990 คู่สมรสในเกณฑ์อายุดังกล่าวในลิเบียและคูเวตลดลงมากจนเหลือเพียงร้อยละ 8.5 และร้อยละ 1 ตามลำดับ

ในโมรอคโคซึ่งกษัตริย์ทรงให้ความสนใจในเรื่องนี้ แม้จะมีแรงต่อต้านจากผู้สอนศาสนาอยู่บ้าง แต่ได้มีกระบวนการปฏิรูปกฎหมายครอบครัวจนเป็นผลสำเร็จ โดยให้เลื่อนเกณฑ์อายุขั้นต่ำสำหรับการสมรสให้สูงขึ้นเป็นหญิง 15 ปี และชาย 18 ปี[1]

ส่วนในอินเดียนั้นมีการตรากฎหมาย Special Marriage Act 1954 โดยกำหนดอายุขั้นต่ำสำหรับการสมรสว่าชายต้องมีอายุ 21 ปี และหญิงต้องมีอายุ 18 ปี โดยกำหนดด้วยว่าการฝ่าฝืนจะต้องโทษอาญา และการสมรสจะตกเป็นโมฆะ

ในอียิปต์มีความพยายามแก้ปัญหาการสมรสก่อนวัยอันควรด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายครอบครัว วางเกณฑ์ห้ามฟ้องคดีโดยอ้างสัญญาสมรสเมื่อหญิงยังอายุไม่ถึง 16 ปี หรือชายยังมีอายุไม่ถึง 18 ปี (Art.17 para1, 2 of Family Law Reform No.1, 2000) ในหลายประเทศพยายามวางเกณฑ์บังคับให้มีการจดทะเบียนสมรส แล้วกำหนดเกณฑ์อายุที่ทางการจะรับจดทะเบียนให้ ซึ่งจะส่งผลกดดันให้การสมรสก่อนวัยอันควรขาดหลักฐานที่จะใช้ในการเรียกร้องค่าอุปการะเลี้ยงดู หรือสิทธิได้รับมรดก ทำให้การสมรสตามหลักมุสลิมดั้งเดิมขาดกำลังบังคับของรัฐ

ในประเทศอื่น ๆ เช่นในตูนีเซีย ซึ่งมีการเรียกค่ามะฮัรฺ (ค่าตอบแทนการยอมสมรสที่ให้แก่หญิง) ในอัตราสูงมากก็เป็นเหตุหนึ่งที่ทำให้การสมรสก่อนวัยอันควรลดลง เพราะต้องเก็บหอมรอมริบเป็นเวลานาน ดังที่ทำให้อายุเฉลี่ยของคู่สมรสฝ่ายชายอยู่ที่ 27 ปี และฝ่ายหญิงอยู่ที่ 25 ปี (สถิติปี 1997)

กรณีดังกล่าวนี้แม้จะยังไม่เกิดเป็นข้อโต้แย้งสำคัญในประเทศไทย แต่เมื่อคำนึงถึงกระแสตื่นตัวเรื่องสิทธิเสรีภาพ กับการก้าวเข้าไปสู่ความเป็นประชาคมนานาชาติที่กำลังขยายตัวขึ้นในประเทศไทย ก็เป็นที่เล็งเห็นได้ว่าจะเกิดเป็นปัญหาขึ้นในไม่ช้า

ข) ปัญหาเอกสิทธิ์ในการหย่าของคู่สมรสฝ่ายชาย

กฎหมายครอบครัวอิสลามตั้งอยู่บนฐานของความเข้มแข็งและความมีอำนาจตัดสินใจในเรื่องสำคัญ ๆ ของฝ่ายชายโดยฝ่ายชายมีบทบาทด้านหลัก และหญิงภริยาอยู่ในฐานะผู้ตามและมีบทบาทเป็นผู้ที่มีหน้าที่เชื่อฟังชายสามี ซึ่งมีประเด็นที่อาจยกขึ้นเป็นข้ออภิปรายได้มาก แต่ส่วนที่เป็นลักษณะพิเศษเด่นชัดในฐานะของชายสามีในฐานะเป็นผู้มีอำนาจกำหนดในครอบครัวก็คือเรื่องเอกสิทธิ์ในการหย่าขาดจากการสมรสของชาย

---

[1] Ibid., p.397,

เราเห็นได้จากความในคู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก ฉบับศาลยุติธรรม ข้อ 175 ซึ่งระบุไว้ว่า “การหย่าเป็นเอกสิทธิ์ของสามี สามีทรงสิทธิที่จะทำการหย่าได้ฝ่ายเดียว ไม่จำต้องได้รับความยินยอมจากภริยา และไม่ต้องกระทำต่อหน้าภริยา”

หลักข้อนี้ได้รับการรับรองโดยคำพิพากษาของศาลแพ่งในหลายคดี เช่น

คำพิพากษาศาลจังหวัดนราธิวาส แพ่ง แดงที่ 470/2552 ตอละหรือการคลายนิติสัมพันธ์การสมรสเป็นเอกสิทธิ์ของสามี มิจำต้องได้รับความยินยอมจากภริยา

คำพิพากษาศาลจังหวัดสตูล แพ่ง แดงที่ 167/2535 การที่จำเลยเปล่งวาจาบอกเลิกการเป็นภริยาหรือตอละต่อหน้าโจทก์และบุคคลอื่นตามหลักกฎหมายอิสลามแล้ว ถือว่าจำเลยขาดจากการเป็นสามีภริยาแล้ว จึงต้องดำเนินการแบ่งทรัพย์สินระหว่างโจทก์และจำเลยตามหลักกฎหมายอิสลาม

ปัญหาทางกฎหมายที่เกิดขึ้นได้ก็คือคำถามที่ว่า การรับรองกฎหมายอิสลามที่ให้ชายมีเอกสิทธิ์ในการหย่าหญิงได้ฝ่ายเดียว ย่อมเท่ากับรับรองการปฏิบัติต่อหญิงในฐานะเป็นวัตถุรองรับเจตนาของชาย จะเป็นการขัดต่อหลักความคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และให้ความคุ้มครองแก่หญิงไม่เสมอกับชายหรือไม่?

เมื่อพิเคราะห์ตามความในรัฐธรรมนูญ มาตรา 4ที่ว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง” และในมาตรา 5ที่ว่า “ประชาชนชาวไทยไม่ว่าเหล่ากำเนิด เพศ หรือศาสนาใด ย่อมอยู่ในความคุ้มครองแห่งรัฐธรรมนูญนี้เสมอกัน” ก็เห็นได้ว่า น่าจะเป็นปัญหาที่หากมีผู้ยกขึ้นโต้แย้งกันในศาล หรือมีการร้องเรียนต่อผู้มีอำนาจหน้าที่ที่เกี่ยวข้องในองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญอื่นใด ก็อาจนำไปสู่การส่งประเด็นไปให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาได้

และหากขัดต่อหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ กฎหมายอิสลามข้อนี้ย่อมไม่มีผลบังคับเพราะย่อมขัดต่อรัฐธรรมนูญ กรณีจะเป็นอย่างไร หากหญิงยินยอมหรือเห็นพ้องด้วยกับการมีเอกสิทธิ์เช่นนั้นตามกฎหมายอิสลาม จะมีผลให้กฎหมายอิสลามข้อนี้มีผลหรือไม่? การสมรสสิ้นสุดลงหรือไม่ หรือต้องปฏิบัติตามหลักการหย่าด้วยความยินยอมเสียก่อน?

ต่อปัญหานี้ หากเราพิเคราะห์ว่า หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นหลักที่มุ่งคุ้มครองไม่ให้รัฐกระทำ หรือปล่อยให้มีการกระทำต่อบุคคลในทางเหยียดหยามเป็นเสมือนวัตถุ ก็น่าจะเริ่มพิจารณาจากปัญหาว่า การรับรองให้ชายมีเอกสิทธิ์บอกกล่าวแสดงเจตนาหย่าฝ่ายเดียวเป็นการเหยียดหยามศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือไม่? หากเห็นว่าไม่ถึงกับเป็นการเหยียดหยามเช่นนั้นจึงควรพิจารณาประเด็นต่อไปว่า การรับรองให้หย่าได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอม ไม่ต้องทำต่อหน้า หรือไม่ต้องให้หญิงนั้นรับรู้จะเป็นการเหยียดหยามศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของหญิงหรือไม่

ในชั้นแรกนี้ เราอาจพิจารณาได้ว่าเพียงแต่การยอมรับให้ชายมีเอกสิทธิ์บอกกล่าวแสดงเจตนาหย่าได้ฝ่ายเดียวยังถือไม่ได้ว่า เป็นการเหยียดหยามศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เพราะเป็นเพียงการแสดงออกซึ่งเจตนาไม่ประสงค์จะอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยาเท่านั้น ไม่ได้มีผลเป็นการกระทำต่ออีกฝ่ายหนึ่งเช่นวัตถุแต่อย่างใด และในบางกรณีที่ทั้งสองฝ่ายต่างไม่ประสงค์จะอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยาอยู่แล้ว การบอกกล่าวหย่าของฝ่ายชาย อาจจะสมประโยชน์ของหญิงก็ได้ ดังนั้นเราจึงอาจลงความเห็นได้ว่า ลำพังการรับรองสิทธิบอกกล่าวหย่าฝ่ายเดียวจึงยังไม่ถึงขนาดเป็นการเหยียดหยามศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของหญิงแต่อย่างใด

อย่างไรก็ดี เมื่อคำนึงถึงว่า การสมรสเป็นความสัมพันธ์ฉันคู่ชีวิตที่ตั้งอยู่บนฐานแห่งความร่วมมือร่วมใจ และอาศัยความเชื่อถือไว้วางใจกันอย่างยิ่ง ดังนั้นการที่ให้เอกสิทธิ์ชายในการหย่าได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอม หรือโดยไม่ต้องกระทำต่อหน้า หรือแสดงให้หญิงรับรู้ต่างหากที่เป็นการเหยียดหยามหญิงให้เป็นเช่นวัตถุ เพราะเป็นการลดคุณค่าของความสัมพันธ์พื้นฐานของชีวิตมนุษย์เสมือนอีกฝ่ายหนึ่งไม่มีคุณค่าเช่นมนุษย์ และตกอยู่ใต้อำนาจอำเภอใจของอีกฝ่ายหนึ่งโดยสิ้นเชิง

ด้วยเหตุนี้หากเป็นกรณีที่หญิงประสงค์ หรือยินยอม และรับรู้การบอกกล่าวหย่า การรับรองสิทธิบอกกล่าวฝ่ายเดียวก็ย่อมไม่เป็นการเหยียดหยามศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และการสมรสย่อมสิ้นสุดลง แต่ในกรณีที่หญิงมิได้ยินยอม หรือมิได้รับรู้การแสดงเจตนาหย่า การสมรสย่อมไม่สิ้นสุดลง เราจึงอาจพิจารณาได้ว่า กฎเกณฑ์ในตัวของมันเองจึงไม่ได้ขัดต่อหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ แต่วิธีการที่กระทำต่อหญิง และผลที่เกิดขึ้นหากเข้าลักษณะเป็นการปฏิบัติต่อหญิงเช่นวัตถุจึงจะถือได้ว่าเป็นการกระทำที่ละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ดังนั้นหลักกฎหมายอิสลามดังกล่าวจึงไม่ควรถือว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญ แต่ลักษณะแห่งการกระทำในบางกรณีน่าจะเข้าข่ายเป็นการกระทำอันฝ่าฝืนความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี ซึ่งหากจะถือว่าเป็นกรณีไม่มีบัญญัติไว้ในหลักกฎหมายอิสลาม ก็ต้องพิจารณาตามหลักทั่วไปของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คือเข้าข่ายเป็นกรณีตามมาตรา 150 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อันจะส่งผลให้การแสดงเจตนาเช่นนั้นตกเป็นโมฆะได้

แต่ปัญหาก็ยังไม่จบเพียงเท่านี้ เพราะอาจจะมีผู้ตั้งคำถามต่อไปได้ว่า ข้อ 175ของคู่มือหลักกฎหมายอิสลามฉบับศาลยุติธรรม ที่รับรองให้การหย่าเป็นเอกสิทธิ์ของชายนั้น ขัดต่อหลักความเท่าเทียมกันระหว่างชายกับหญิง และหลักห้ามเลือกปฏิบัติหรือไม่

ความข้อนี้จำเป็นต้องพิเคราะห์ประกอบกับหลักคุ้มครองความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญ

มาตรา 30 บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครอง
ตามกฎหมายเท่าเทียมกัน

ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ จะกระทำมิได้

มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น ย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม

ในการพิจารณาปัญหานี้ เราอาจเริ่มจากข้อพิจารณาที่ว่า โดยทั่วไปหลักความเสมอภาค และห้ามเลือกปฏิบัติย่อมเป็นทั้งสิทธิที่บุคคลอาจยกขึ้นต่อสู้การแทรกแซงของรัฐ และเป็นสิทธิที่มีเนื้อหาสาระอาจเรียกร้องให้รัฐต้องปฏิบัติได้ การรับรองให้ชายมีเอกสิทธิ์ในการแสดงเจตนาหย่าโดยหญิงไม่มีเอกสิทธิ์ทำนองเดียวกัน ย่อมเป็นการรับรองให้หญิงตกอยู่ในฐานะผู้ด้อยสิทธิโดยปราศจากเหตุผลสมควร แม้ว่าในกฎหมายอิสลามจะกำหนดหน้าที่ของชายในการคุ้มครองดูแลภริยาไว้หลายประการก็ตาม

อย่างไรก็ตามหลักความเสมอภาคไม่ห้ามการที่หญิงยินยอมหรือประสงค์จะได้รับการปฏิบัติเช่นนั้นด้วยความสมัครใจแต่เริ่มแรก และย่อมไม่มีผลเป็นการลบล้างความมีผลของการสมรสตามหลักกฎหมายอิสลาม และความระงับของการสมรสตามความยินยอมของหญิง

ส่วนในกรณีที่หญิงไม่ให้ความยินยอมมาแต่ต้น หรือทำการสมรสโดยขาดความรู้ความเข้าใจในสถานะเช่นนั้นมาแต่ต้น การสมรสนั้นย่อมได้รับความคุ้มครองตามหลักความเสมอภาค และหากหญิงยินยอมมาแต่แรก แต่เกิดเปลี่ยนใจในภายหลัง หญิงนั้นย่อมมีสิทธิคัดค้านหรือปฏิเสธอำนาจบังคับของกฎหมายอิสลามที่ขัดต่อหลักความเสมอภาคได้เสมอ หรือจะถึงขนาดแสดงเจตนาเปลี่ยนศาสนาเลยก็อาจเกิดขึ้นได้ดังเช่นกรณีที่มีคู่ความในศาลขั้นต้นที่พิจารณาคดีโดยอาศัยหลักกฎหมายอิสลาม แล้วฝ่ายที่เห็นว่าหลักกฎหมายอิสลามเป็นเหตุให้ต้นเสียเปรียบก็เคยแสดงเจตนาสละฐานะเป็นอิสลามศาสนิกกลางศาลมาแล้ว (แต่การอ้างหลักความเสมอภาคนี้จะขัดต่อหลักสุจริตมิได้ เช่นถือเอาประโยชน์เรื่อยมาโดยเข้าใจในสิทธิของตนมาโดยตลอด)

พึงสังเกตว่า ในคู่มือหลักกฎหมายอิสลามฉบับศาลยุติธรรม แม้จะใช้คำว่า "เอกสิทธิ์" ในการกล่าวถึงสิทธิของชายในการหย่ารูปแบบต่างๆ เช่น การหย่าตามข้อ 175 และการหย่าแบบมีสินจ้างตามข้อ 247 แต่ก็ไม่ได้เป็นเอกสิทธิ์ที่แท้จริง เพราะในคู่มือหลักกฎหมายอิสลามฉบับศาลยุติธรรมนั้นเองก็ยังให้อำนาจในการเพิกถอนการสมรสแก่ศาล ตามความในข้อ 148ที่ให้อำนาจศาลเพิกถอนการสมรสตามการฟ้องหย่าของฝ่ายสามีหรือภริยาแล้วแต่กรณีได้

ยิ่งไปกว่านั้นบทบัญญัติเกี่ยวกับการหย่าตามกฎหมายอิสลามก็ไม่ได้ถือว่าการหย่าเป็นเอกสิทธิ์ของสามีแต่เพียงผู้เดียวโดยแท้จริง เพราะกฎหมายอิสลามให้สิทธิแก่ภริยาในการหย่าโดยมีสินจ้าง หรืออำนาจหน้าที่ของรัฐในการจัดการเพื่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน โดยการกำหนดให้การหย่าจะต้องดำเนินการทางศาลก็ได้

ในกรณีการหย่าโดยมีสินจ้าง ซึ่งตำรากฎหมายอิสลาม เรียกว่า "คุลอฺ" เมื่อพิจารณาถึงการดำเนินการในยุคท่านนบีมุฮัมมัดในคดีภรรยาของษาบิต บิน กอยสฺ บิน ซัมมาส ที่ได้ไปฟ้องต่อท่านนบีมุฮัมมัดว่า "โอ้ท่านศาสนทูต ตัวดิฉันมิได้ตำหนิเขาในเรื่องจริยธรรมหรือเรื่องศาสนา แต่ดิฉันไม่ต้องการปฏิเสธศาสนาอิสลาม" ท่านนบีจึงกล่าวว่า "เธอจะส่งมอบสวนของเขาคืนให้แก่เขาหรือไม่?" นางตอบว่า "ค่ะ" ท่านนบีจึงกล่าวแก่ษาบิตผู้เป็นสามีว่า "จงรับสวนคืนเถิดและจงหย่านาง"[1]

ในคดีนี้บ่งชี้อย่างชัดเจนว่าแนวปฏิบัติของท่านนบี นั้นไม่มีนัยใดๆ ที่แสดงให้เห็นว่าภริยาที่ทำนิติกรรมหย่าโดยมีสินจ้างจะต้องขอความยินยอมจากสามีที่อาจกล่าวได้ว่าการหย่าเป็นเอกสิทธิ์ของสามี หากทว่าสิทธิดังกล่าวอยู่ในอำนาจการใช้ดุลพินิจของผู้ใช้อำนาจตุลาการ ไม่ว่าจะเป็นคำสั่งตามคำขอของภริยาหรือไม่ก็ตาม ดังที่เห็นได้จากแนวปฏิบัติของเคาะลีฟะฮฺอุมัร ซึ่งเป็นผู้ปกครองในยุคถัดมา ในคดีที่มีหญิงคนหนึ่งมาฟ้องหย่าสามี เคาะลีฟะฮฺอุมัรได้กักตัวนางอยู่ในที่ที่สกปรกเป็นเวลา 3 วัน 3 คืน (ในตำราบางเล่มกล่าวว่าในคอกสัตว์) หลังจากนั้นก็เรียกนางมาไต่สวน เคาะลีฟะฮฺอุมัรถามว่า "เธอเป็นอย่างไรบ้างล่ะ" นางตอบว่า "ตั้งแต่ใช้ชีวิตอยู่กับเขาฉันไม่เคยมีความสุขเท่ากับสองสามคืนนี้เลย" เคาะลีฟะฮฺอุมัรจึงกล่าวกับสามีของนางว่า "จงหย่าแบบคุลอ์ให้แก่นาง แม้ว่าจะด้วยราคาต่างหูของนางก็ตาม" [2]

ด้วยเหตุนี้เศาะหาบะฮฺและนักวิชาการอิสลามบางส่วน เช่น สะอีด บินญุบัยร์ อัลหะซัน และอิบนุซีรีน เห็นว่าสิทธิของหญิงในการหย่าโดยมีสินจ้าง ไม่จำเป็นต้องขอความยินยอมจากชาย เช่นเดียวกับที่ชายไม่ต้องขอความยินยอมจากหญิงในการหย่า[3]รวมถึงนักวิชาการอิสลามร่วมสมัย เช่น มุฮัมมัด อัลเฆาะซาลีย์[4]กฎหมายครอบครัวอิสลามของประเทศอียิปต์ ก็ดำเนินการตามแนวปฏิบัติของท่านนบีและแนวปฏิบัติในยุคคุละฟาอุรรอชิดูนดังกล่าว โดยพระราชบัญญัติฉบับที่ 1 ค.ศ. 2000 ว่าด้วยกฎหมายวิธีสบัญญัติกรณีครอบครัว มาตรา 20 บัญญัติว่า

---

[1] หะดีษรายงานโดย อัลบุคอรีย์และอันนะซาอีย์

[2] Al-Tabari, 2000. **Jami'e al-Bayan li Ta-wil al-Quran** 5, Al-Risalah, 576.

[3] Al-Qurtubi, **Al-Jam'I li Ahkam al-Quran** 3 , 75.

[4] Al-Ghazali, **Al-Mar-ah fi al-Isalm**, 15-16

“คู่สมรสอาจตกลงกันในการหย่าแบบมีสินจ้าง หากไม่สามารถตกลงกันได้ และภริยายื่นฟ้องแสดงความจำนงจ่ายสินจ้าง และขอหย่าโดยการสละสิทธิเกี่ยวกับทรัพย์ทุกประการและคืนมะฮฺร์ให้แก่สามี ให้ศาลเพิกถอนการสมรสตามคำฟ้อง

อนึ่ง เพื่อบรรเทาปัญหาอันเกิดจากการใช้เอกสิทธิ์หย่าจากฝ่ายชาย ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายอิสลามหลายประเทศได้กำหนดภาระเพิ่มขึ้นในทางรูปแบบหรือกระบวนการใช้สิทธิแก่ชายที่จะใช้เอกสิทธิ์เช่นนั้น เช่นในปากีสถาน Muslim Family Law Ordinance 1961 Art.7 กำหนดให้ชายผู้ประสงค์จะบอกกล่าวการหย่าต้องทำเป็นคำบอกกล่าวต่อหน้าศาล และทำสำเนาหนึ่งฉบับส่งไปยังหญิงคู่สมรส การฝ่าฝืนข้อกำหนดนี้มีโทษอาญา ซึ่งแม้ว่าผู้นำทางศาสนาจะกล่าวหาว่าการวางกฎเกณฑ์ดังกล่าวเป็นการฝ่าฝืนหลักอิสลาม และขัดต่อรัฐธรรมนูญที่ให้ยึดถือหลักอิสลาม ศาลปากีสถานก็ได้ตัดสินว่า กรณีเป็นหลักเกณฑ์เชิงกระบวนการหรือวิธีสบัญญัติ ซึ่งเป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ เพราะไม่มีการเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของกฎหมายอิสลามแต่อย่างใด[1] ซึ่งแนวคิดทำนองนี้อาจจะนำมาใช้ในระบบกฎหมายไทยบ้างก็ได้

ค) ปัญหาส่วนแบ่งมรดกแบบชายสองส่วนหญิงหนึ่งส่วน

ตามคู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก ฉบับศาลยุติธรรม การแบ่งมรดกแก่ทายาทตามหลักกฎหมายอิสลามย่อมเป็นไปตามหลักทั่วไปที่ว่า ชายได้ส่วนแบ่งเป็นสองเท่าของหญิง ดังจะเห็นได้จาก

ข้อ 436 สามีของเจ้ามรดกมีสิทธิในกองมรดกครึ่งหนึ่ง ในกรณีที่เจ้ามรดกไม่มีบุตรและผู้สืบสันดานสายชาย

ข้อ 437 ภริยาของเจ้ามรดกมีสิทธิในกองมรดกหนึ่งในสี่ส่วน ในกรณีที่เจ้ามรดกไม่มีมีบุตรและผู้สืบสันดานสายชาย

ข้อ 443 ชายได้รับมรดกสองส่วน ต่อหญิงหนึ่งส่วน

หลักการข้างต้นได้รับการรับรองในคำพิพากษาศาลหลายฉบับ ดังเช่นคำพิพากษาศาลจังหวัดปัตตานี แพ่ง แดงที่ 361/2532 เจ้ามรดกมีภริยา 2 คน มีบุตรชาย 4 คน บุตรหญิง 1 คน จึงแบ่งให้ภริยา 1 ใน 8 ส่วน ส่วนที่เหลือ 7 ใน 8 ส่วนแบ่งให้บุตรชายกับบุตรสาวในอัตราสองต่อหนึ่งรวม 9 ส่วน จึงต้องแบ่งมรดกโดยเอา 8 คูณด้วย 9 เป็น 72 ส่วน แล้วแบ่ง 9 ส่วนให้ภริยาทั้งสองที่เหลือ 63 ส่วนแบ่งให้บุตร โดยบุตรชายได้คนละ 14 ส่วน ส่วนบุตรหญิงได้ 7 ส่วน

---

[1] Allah Rakha v. Federation of Pakistan, [2000] CLR 349, 399; Menski, Comparative Law in a Global Context, 2000, p.322f.

คำถามที่ย่อมเกิดขึ้นในกรณีนี้ก็คือ หลักการแบ่งมรดกโดยทายาทฝ่ายชายได้สองส่วน ในขณะที่ทายาทฝ่ายหญิงได้เพียงหนึ่งส่วน โดยไม่มีเหตุผลอื่นนอกจากเหตุผลทางเพศ เช่นนี้น่าคิดว่าขัดต่อหลักความเสมอภาค และหลักห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุทางเพศหรือไม่นอกจากนั้นยังน่าคิดด้วยว่า การแบ่งมรดกแก่ทายาทที่อยู่ในท้องที่ที่เจ้ามรดกมีภูมิลำเนาใน 4 จังหวัดที่กฎหมายกำหนดให้ใช้กฎหมายอิสลามบังคับ กับทายาทที่อยู่นอกเขต 4 จังหวัดซึ่งไม่ใช้กฎหมายอิสลามบังคับ แต่บังคับตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ย่อมก่อให้เกิดผลแตกต่างกันตามกฎหมายเพราะเหตุเรื่องถิ่นที่อยู่ ในขณะเดียวกันก็ให้ผลต่างกับผู้นับถือศาสนาอื่นด้วยเหตุศาสนา จะขัดต่อหลักความเสมอภาคและห้ามเลือกปฏิบัติหรือไม่?

อย่างไรก็ดี ควรเข้าใจว่า หลักกฎหมายอิสลามในเรื่องนี้ แต่ดั้งเดิมมา มิได้มีขึ้นโดยมุ่งหมายที่จะเลือกปฏิบัติต่อฝ่ายหญิง แต่ที่จริงกลับมีขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิของหญิงเสียด้วยซ้ำ เพราะตามจารีตประเพณีดั้งเดิมของดินแดนอาหรับอันเป็นถิ่นกำเนิดของศาสนาอิสลามนั้น หญิงไม่ได้รับความคุ้มครองให้ได้รับส่วนแบ่งมรดกเลย การที่กฎหมายอิสลามกำหนดให้แบ่งส่วนแก่หญิงครึ่งหนึ่งของชายนั้น ที่แท้แล้วเป็นไปเพื่อคุ้มครองสิทธิของหญิง และในอีกแง่หนึ่งก็สอดคล้องกับหลักที่ถือว่าชายมีหน้าที่ปกป้องคุ้มครอง และเลี้ยงดูหญิงอีกด้วย

นอกจากนั้น หลักทั่วไปที่ว่าชายได้สองส่วนหญิงได้หนึ่งส่วนนั้นมิใช่หลักตายตัวเสมอไป เพราะในบางกรณีชายและหญิงอาจได้ส่วนแบ่งเท่ากันหรือบางทีหญิงได้รับส่วนแบ่งมากกว่าชาย เช่น ในกรณีผู้ตายไม่มีบุตรแต่มีพี่ชาย น้องชาย และพี่สาวหรือน้องสาวร่วมบิดามารดาเดียวกัน พวกเขาทุกคนจะได้รับส่วนแบ่งเท่า ๆ กัน คือ หนึ่งในหกส่วนของกองมรดก หรือในกรณีที่ผู้ตายมีบุตรและมีบิดามารดา บิดาและมารดาของผู้ตายก็จะได้รับส่วนแบ่งเท่ากัน คือ หนึ่งในหกส่วนของกองมรดก และในกรณีที่ผู้ตายเป็นภริยาไม่มีบุตรและไม่พี่น้องชายหรือพี่น้องหญิงมีแต่สามีและบิดามารดา ในกรณีเช่นนี้สามีของผู้ตายจะได้รับมรดกครึ่งหนึ่ง ในขณะที่มารดาจะได้รับหนึ่งในสามส่วน และบิดาจะได้ส่วนที่เหลือ คือ หนึ่งในหกส่วน ดังนั้น กรณีตามตัวอย่างนี้มารดาจึงเป็นฝ่ายที่ได้รับมรดกมากกว่าบิดาถึงสองเท่า เป็นต้น

น่าสังเกตด้วยว่า ความแตกต่างของส่วนแบ่งในกองมรดกตามกฎหมายอิสลามไม่น่าจะเป็นเพราะความแตกต่างในเรื่องเพศเท่านั้น แต่ยังผูกโยงกับภาระรับผิดชอบที่ชายหญิงพึงมีต่อครอบครัวและเครือญาติซึ่งเป็นเอกลักษณ์เฉพาะของสังคมมุสลิมภายใต้ระบบกฎหมายอิสลาม ดังที่คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับศาลยุติธรรม) กำหนดให้เครือญาติต้องพึ่งพาซึ่งกันและกัน และการกำหนดบทบาทหน้าที่ของชายแตกต่างจากบทบาทหน้าที่ของหญิงส่งผลให้มีการกำหนดส่วนแบ่งในกองมรดกแตกต่างกันไปด้วย ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าส่วนแบ่งที่ต่างกันนั้นก็เพราะภาระรับผิดชอบที่ต่างกัน ดังนั้น เมื่อมองในภาพรวมก็อาจจะเห็นความเสมอภาคที่ตั้งบนรากฐานของความแตกต่าง ตรงกันข้าม ถ้าหากกำหนดส่วนแบ่งให้ชายหญิงได้รับเท่า ๆ กัน

ในขณะที่ภาระรับผิดชอบที่ต่างกันนั้น แม้จะดูว่ามีความเสมอภาคแต่ก็คงเป็นความเสมอภาคแค่เพียงเปลือกผิวเท่านั้น เนื้อแท้แล้วคือความลำเอียง

คู่มือ“หลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก” (ฉบับศาลยุติธรรม) ข้อ 92 95 และ 96 กำหนดให้สามีต้องจ่ายค่าอุปการะเลี้ยงดู ประกอบด้วย เคหสถาน ปัจจัยยังชีพ เช่น เครื่องบริโภค เครื่องอุปโภค พี่เลี้ยงหรือคนรับใช้ เป็นต้น

ส่วนค่ามุตอะฮฺนั้น คู่มือ “หลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก” (ฉบับศาลยุติธรรม)ข้อ 295-297 กำหนดให้สามีจะต้องจ่ายแก่ภริยาไม่เกินกึ่งหนึ่งของค่ามะฮฺร์ภายหลังสิ้นสุดการสมรส

การกำหนดให้สามีจะต้องจ่ายค่ามุตอะฮฺแก่ภริยาไม่เกินกึ่งหนึ่งของค่ามะฮฺร์นั้นเป็นไปตามทัศนะทางกฎหมายอิสลามของมัซฮับชาฟิอีย์ อย่างไรก็ตาม ค่ามุตอะฮฺนี้ กฎหมายอิสลามไม่ได้กำหนดจำนวนที่แน่นอน แต่ให้เป็นไปตามประเพณีนิยมของแต่ละยุคสมัย[1] ในอดีตอาจกำหนดเช่นนั้นตามสถานการณ์ของสังคม แต่ในยุคปัจจุบันสถานการณ์ทางสังคมได้เปลี่ยนแปลงไป โดยที่บางประเทศกำหนดให้สามีต้องเลี้ยงดูภริยาหลังการหย่าจนกว่าจะสมรสกับสามีคนใหม่ หรืออื่นๆ สิ่งเหล่านี้ล้วนอยู่ในความหมายของค่ามุตอะฮฺดังกล่าวทั้งสิ้น ดังที่อัลลอฮฺตรัสไว้ในอัลกุรอาน ความว่า

“และเป็นสิทธิของบรรดาสตรีที่ถูกหย่าที่จะได้รับมุตอะฮฺตามจารีตประเพณี เป็นหน้าที่ของบรรดาชายผู้ยำเกรงทั้งหลาย”[2]

ส่วนกรณีค่าอุปการะเลี้ยงดูบุตรในกรณีขาดจากการสมรส คู่มือ“หลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก”(ฉบับศาลยุติธรรม)ข้อ 295-297 กำหนดให้เป็นหน้าที่ของบิดา ยกเว้นกรณีบิดาไม่สามารถทำหน้าที่ได้จึงเป็นหน้าที่ของมารดา ซึ่งกรณียกเว้นนี้เป็นกรณีที่คู่มือดังกล่าวละเว้นการใช้มัซฮับชาฟิอีย์ที่เป็นแหล่งที่มาหลักของคู่มือดังกล่าว เพราะทัศนะหลักของมัซฮับชาฟิอีย์นั้น หน้าที่อุปการะเลี้ยงดูบุตรเป็นหน้าที่ของบิดาเท่านั้น [3]ทั้งนี้ กฎหมายครอบครัวมรดกของประเทศมุสลิมที่ใช้ระบบกฎหมายอิสลามหลายประเทศ กำหนดให้เป็นหน้าที่ของบิดาเท่านั้น เช่นในประเทศจอร์แดน พระราชบัญญัติฉบับที่ 82/2001 ว่าด้วยครอบครัวมรดก

---

[1] Al-Qaradhawi, **Malahih al-Mujtama al-Muslim allazinanshiduh**, 590

[2] อัลบาเกาะเราะฮฺ : 241

[3] Abu Bakr Uthman bin Muhammad Shata .1995. **HashiahI’aanah al-Talibeen** 4, Beirut: Dar al-Kutub al-‘llmiah :160.

อิสลาม มาตรา168-172 บัญญัติให้ค่าอุปการะเลี้ยงดูบุตรเป็นหน้าที่ของบิดาเท่านั้น ผู้อื่นที่ทดรองจ่ายรวมถึงมารดาสามารถขอรับการชดใช้จากบิดาได้

แต่เมื่อยุคสมัยเปลี่ยนไป ความสำนึกทางสังคมในแง่ความเสมอภาคระหว่างชายและหญิงเข้มแข็งมากขึ้น หลักการแบ่งส่วนมรดกให้หญิงมีสิทธิได้รับส่วนมรดกเพียงครึ่งหนึ่งของชายที่เป็นทายาทลำดับเดียวกัน จึงถูกมองว่าเป็นข้อจำกัดความเสมอภาคชายหญิง และเป็นการเลือกปฏิบัติในทางที่เป็นคุณแก่ชายยิ่งกว่าหญิง ปัญหาข้างต้นเป็นปัญหาที่อาจจะนำเอาตัวอย่างคดีที่เกิดขึ้นในต่างประเทศมาเป็นเครื่องพิจารณาประกอบได้ดังนี้

เมื่อ พ.ศ. 2552 ได้มีคดีดังเรื่องหนึ่งในเยอรมัน คดีนี้ปรากฏว่าชายชาวอิหร่านนายหนึ่งเดินทางเข้ามาประกอบธุรกิจในเยอรมันและประสบความสำเร็จในทางธุรกิจเป็นอย่างยิ่ง หลังจากถึงแก่ความตายมีมรดกซึ่งเป็นทรัพย์สินตั้งอยู่ในเยอรมันมีมูลค่ามหาศาล ปรากฏว่าเขามีภริยาแต่ไม่มีบุตร และมีพี่น้องอีก 2 คน ภริยาของผู้ประกอบการซึ่งเป็นเจ้ามรดกรายนี้จึงเกิดพิพาทกันกับพี่น้องของเจ้ามรดกเรื่องส่วนแบ่งในมรดก โดยที่เจ้ามรดกยังคงมีภูมิลำเนาอยู่ในอิหร่าน จึงต้องใช้กฎหมายอิหร่านคือกฎหมายอิสลามบังคับ ซึ่งหญิงภริยาจะได้รับส่วนแบ่งเพียงหนึ่งในสี่ของกองมรดก ส่วนที่เหลือตกแก่พี่น้องของเจ้ามรดก แต่โดยที่การจัดการมรดกในเยอรมันต้องอาศัยอำนาจศาลเยอรมัน หญิงภริยาของเจ้ามรดกจึงยกข้อต่อสู้ขึ้นในศาลเยอรมันว่า การบังคับใช้กฎหมายอิหร่านในกรณีนี้ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของเยอรมัน เพราะขัดต่อหลักความเสมอภาคอันเป็นหลักรัฐธรรมนูญเยอรมัน และตนควรมีสิทธิในกองมรดกครึ่งหนึ่ง

ศาลเยอรมันในคดีนี้ ตัดสินว่า การบังคับใช้กฎหมายอิหร่าน (กฎหมายอิสลาม) ในกรณีนี้ขัดต่อหลักความเสมอภาคอันเป็นหลักรัฐธรรมนูญของเยอรมัน จึงไม่บังคับให้เพราะขัดต่อความสงบเรียบร้อย และพิพากษาให้ใช้กฎหมายเยอรมันบังคับ เป็นผลให้หญิงได้รับส่วนแบ่งมรดก ส่วนที่อยู่ในเยอรมันครึ่งหนึ่ง[1]

คดีทำนองนี้เคยเกิดเป็นปัญหาที่เป็นต้นเหตุให้ หญิงทายาทซึ่งไม่เห็นด้วยกับหลักการแบ่งมรดกแบบชายได้สองส่วนหญิงได้หนึ่งส่วนนี้ ก็เคยประกาศเปลี่ยนศาสนากลางศาลมาแล้ว เป็นเหตุให้ผู้พิพากษาหัวหน้าคณะในศาลนั้น ต้องเชิญดะโต๊ะยุติธรรมลงจากบัลลังก์ และยุติการพิจารณาคดีตามหลักกฎหมายอิสลาม แม้ดะโต๊ะยุติธรรมจะอธิบายว่า การเปลี่ยนศาสนาจะกระทำมิได้ แต่ผู้พิพากษาท่านนั้นก็ยืนยันว่า การเปลี่ยนศาสนาย่อมเป็นเสรีภาพของบุคคลซึ่งได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ และเมื่อคู่ความฝ่ายหนึ่งไม่ใช่อิสลามศาสนิก ศาลก็ต้องสั่งให้ดำเนินคดีดังกล่าวต่อไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

---

[1] OLG Düsseldorf FamRZ 2009, 163ff. = NJW-RR 2009, 732ff.

อย่างไรก็ดี ปัญหาข้างต้นนี้ก็มีผู้ทรงคุณวุฒิให้ความเห็นไว้ว่า หากจะนำกฎหมายอิสลามมาบังคับตามมูลคดี ก็ต้องบังคับตามกฎหมายที่ใช้บังคับแก่กรณีในเวลาที่เจ้ามรดกถึงแก่ความตาย ถ้าเจ้ามรดกเป็นมุสลิมซึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ในเขต 4 จังหวัดภาคใต้ที่กฎหมายอิสลามมีผลบังคับ และทายาททุกฝ่ายเป็นมุสลิม ก็ต้องใช้กฎหมายอิสาม ส่วนทายาทที่ไม่ใช่มุสลิมนั้น ตามหลักกฎหมายอิสลามย่อมไม่อาจรับมรดกของเจ้ามรดกที่เป็นมุสลิมได้ เมื่อกฎหมายอิสลามมีผลใช้บังคับแล้วตั้งแต่เวลาที่เจ้ามรดกตาย หากทายาทคนใดคนหนึ่งเปลี่ยนศาสนาหลังเจ้ามรดกถึงแก่ความตาย และการแบ่งมรดกยังไม่เสร็จสิ้น เขาย่อมไม่มีสิทธิได้รับมรดกต่อไป แต่ก็มีผู้เห็นแย้งว่าเมื่อสิทธิในฐานะทายาทเกิดขึ้นแล้ว แม้ต่อมาทายาทนั้นจะเปลี่ยนศาสนา ก็ยังต้องมีฐานะเป็นเจ้าหนี้กองมรดกตามส่วนมรดกของผู้นั้นอยู่ดี

หากเราพิเคราะห์เห็นว่า ปัญหากฎหมายทำนองนี้อาจเกิดขึ้นได้บ่อย ๆ ก็เป็นกรณีที่ต้องทำความเข้าใจแก่ผู้เกี่ยวข้องในวงกว้าง และพยายามหาทางแก้ไขปัญหาโดยอาศัยความยินยอมของคู่กรณีเป็นหลัก หรือมิฉะนั้นก็อาศัยผู้หลักผู้ใหญ่ที่เคารพนับถือช่วยประสานให้เกิดความเห็นพ้องต้องกัน หรืออาศัยองค์กรทางศาสนา หรืออนุญาโตตุลาการของคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดเป็นเครื่องช่วย เพราะหากจะตัดสินคดีกันตามหลักกฎหมายแล้ว เราย่อมเล็งเห็นได้ว่า ยากที่ศาลจะปฏิเสธว่ากรณีดังกล่าวไม่ขัดต่อหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญ

4.4 คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก

ปัจจุบันสำนักงานศาลยุติธรรมได้ประกาศใช้ คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกสำหรับใช้ในศาลตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี ยะลานราธิวาส และสตูล พ.ศ. 2489เรียกว่า “คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับศาลยุติธรรม)พ.ศ. 2554 ซึ่งเป็นคู่มือที่สำนักงานศาลยุติธรรมจัดทำขึ้นเพื่อให้ข้าราชการตุลาการศาลยุติธรรมและดะโต๊ะยุติธรรม ที่ปฏิบัติหน้าที่ในเขตปัตตานี ยะลานราธิวาสและสตูล นำไปใช้ในการวินิจฉัยชี้ขาดอรรถคดีเกี่ยวกับครอบครัวและมรดก

คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับศาลยุติธรรม)พ.ศ.2554 นับเป็นคู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกฉบับที่ 2 หลังจากที่กระทรวงยุติธรรมได้จัดทำคู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกฉบับแรกแล้วเสร็จในปี พ.ศ. 2484และใช้ในการวินิจฉัยชี้ขาดอรรถคดีเกี่ยวกับครอบครัวและมรดกในเขตปัตตานี ยะลานราธิวาสและสตูล มาเป็นระยะเวลาประมาณ 70 ปี โดยในปี พ.ศ. 2550 ได้มีการพัฒนาคู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกฉบับกระทรวงยุติธรรมดังกล่าว โดยสำนักบริหารงานยุติธรรม ศูนย์อำนวยการจังหวัดชายแดนภาคใต้ (ศอ.บต.) ร่วมกับกระทรวงยุติธรรมจัดโครงการประชุมเชิงปฏิบัติการ เพื่อรับฟังความคิดเห็นเกี่ยวกับรูปแบบที่เหมาะสมในการดำเนินคดี

ครอบครัวและมรดกตามหลักศาสนาอิสลามในจังหวัดชายแดนภาคใต้ เมื่อวันที่ 28 พฤษภาคม 2550 ณ โรงแรม ซี เอส ปัตตานี ที่ประชุมได้มีฉันทานุมัติให้กระทรวงยุติธรรมเป็นผู้รับผิดชอบในการจัดตั้งคณะทำงานเพื่อพัฒนาระบบการบังคับใช้กฎหมายอิสลาม และนำไปสู่การจัดทำร่างข้อบัญญัติว่าด้วยครอบครัวและมรดกในเวลาต่อมา แล้วเสร็จเมื่อวันที่ 3 กุมภาพันธ์ 2552 ต่อมาในปี พ.ศ. 2553 คณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรมได้เล็งเห็นถึงความสำคัญของการพัฒนาหลักกฎหมายอิสลามให้มีความสมบูรณ์ยิ่งขึ้น จึงได้มีคำสั่ง ที่ 13/2553 ลงวันที่ 21 กันยายน 2553 และ ที่ 2/2554 ลงวันที่ 29 เมษายน 2554 ลงนามโดยนายสบโชค สุขารมณ์ ประธานศาลฎีกา ในฐานะประธานคณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรม เรื่อง แต่งตั้งคณะอนุกรรมการจัดทำคู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก โดยมีเจตนารมณ์เพื่อรวบรวมปรับปรุงและจัดทำคู่มือหรือหนังสือกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกนำมาใช้ประโยชน์ในการศึกษา อ้างอิง อันเป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน โดยเฉพาะในพื้นที่ 4 จังหวัดชายแดนภาคใต้ให้เป็นมาตรฐานเดียวกัน การจัดทำคู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับศาลยุติธรรม) เป็นครั้งแรกของศาลยุติธรรม โดยใช้ (ร่าง) "ข้อบัญญัติกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก" ฉบับของศูนย์อำนวยการบริหารจังหวัดชายแดนภาคใต้ (ศอ.บต.) เป็นแนวในการจัดทำ[1] จนกระทั่งแล้วเสร็จและนำไป ใช้ในการวินิจฉัยชี้ขาดอรรถคดีเกี่ยวกับครอบครัวและมรดกในเขตปัตตานี ยะลา นราธิวาสและสตูล ในปี พ.ศ. 2554

คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก ฉบับศาลยุติธรรม จัดทำโดยคณะอนุกรรมการจัดทำคู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก มีจำนวน 462 ข้อ ประกอบด้วย ข้อความเบื้องต้น บรรพ 1 ครอบครัว และบรรพ 2 มรดก โดยบรรพครอบครัว มี 5 ลักษณะและบรรพมรดกมี 2 ลักษณะ และภาคผนวกประกอบด้วยความเป็นมา คำสั่งแต่งตั้ง ประวัติย่อคณะอนุกรรมการจัดทำคู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก เนื้อหาโดยรวมของคู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก ฉบับศาลยุติธรรม เป็นเนื้อหาสารบัญญัติของกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก อันเป็นสาระที่ปรากฏอยู่ในตำรากฎหมายอิสลามที่ใช้เป็นแหล่งอ้างอิงในการจัดทำคู่มือดังกล่าวและตำรากฎหมายอิสลามทั่วไป ตำราที่ใช้ในการอ้างอิงมีระบุนามจำนวน 10 เล่ม ได้แก่ (1) ฟัตหุลวะฮฺฮาบ (2) อัลเฌาะเราะรุลบะฮียะฮฺ (3) ชัรหุรเราฎ์ (4) อัลบิฆัยริมีย์ อะลา ชัรหิลมินฮาจญ์ (5) อัลบิฆัยริมีย์ อะลา อัลเคาะฏีบ (6) มุฆนีย์อัลมุฮฺตาจญ์(7)ตุหฺฟะตุลมุฮตาจญ์ (8) นิฮายะตุลมุหฺตาจญ์ (9) หาชิยะตาน กอลยูบีย์ วะอุ

[1] สำนักงานศาลยุติธรรม , ความเป็นมาของการใช้และจัดทำคู่มือหลักกฎหมายอิสลามเกี่ยวกับครอบครัวและมรดกในประเทศไทย, ใน คู่มือหลักกฎหมายอิสลาม ว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับศาลยุติธรรม) พ.ศ. 2554, หน้า126 ,129.

มัยเราะฮฺ (10) อัลเมาซูอะฮฺ อัลฟิกฮียะฮฺ อัลกุวัยตียะฮฺ[1] ความพยายามแก้ไขข้อความต่าง ๆ ให้สอดคล้องกับความเป็นจริงมากขึ้น โดยการใช้คำอื่น ๆ ที่แสดงถึงสถานภาพที่แตกต่างไปจากประมวลกฎหมายทั่วไป เช่น ใช้คำว่า "ข้อ" แทนคำว่า "มาตรา" เป็นต้น แนวทางการจัดทำใช้กฎหมายอิสลามมัซฮับชาฟิอีย์ ซึ่งเป็นสำนักกฎหมายอิสลามตามประเพณีนิยมของมุสลิมไทยส่วนใหญ่ รวมถึงชาวมุสลิมในภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้

อย่างไรก็ตาม คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับศาลยุติธรรม)บางตอนยังมีลักษณะเป็นเพียงคำแนะนำที่ไม่มีสภาพบังคับตามลักษณะของกฎหมาย เช่น ข้อ24ที่กำหนดว่า "ก่อนการสมรส ฝ่ายชายพึงทำการสู่ขอหญิง......."เป็นต้น และยังขาดการกำหนดค่าสินไหมทดแทนที่เป็นสาระสำคัญ เช่น การเรียกร้องค่าเสียหายกรณีผิดสัญญาหมั้น เป็นต้น มีเพียงข้อ 28 วรรค 2ที่กำหนดว่า "ชายหญิงที่ได้หมั้นกันและได้ส่งมอบของหมั้นแล้ว หากไม่มีการสมรสต้องคืนของหมั้น" นอกจากนั้น คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก(ฉบับศาลยุติธรรม) ไม่ได้กำหนดสิทธิเรียกร้องต่างๆ ที่เกิดขึ้นภายหลังสิ้นสุดการสมรสตามกฎหมายอิสลามไว้เป็นหมวดเฉพาะ แต่ปะปนอยู่ในหัวข้อที่เกี่ยวข้องเช่น ค่ามุตอะฮฺ อยู่ในลักษณะ 4 หมวด 2 ส่วนค่าอุปการะเลี้ยงดูภริยาหลังการสิ้นสุดการสมรส อยู่ในลักษณะ 4 หมวด 3 เป็นต้น สิทธิเรียกร้องต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นภายหลังสิ้นสุดการสมรส หากมีการใช้สิทธิทางศาลก็อาจไม่เป็นปัญหามากนัก แต่ถ้าหากเป็นการสิ้นสุดการสมรสที่ดำเนินการเอง ดังความในคู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก ข้อ 170 171 และ 176 ที่สามีหย่าภรรยาด้วยตนเองตามลำพังโดยไม่มีผู้เกี่ยวข้องไม่ว่าจะเป็นพยาน หรือหย่าโดยอิหม่ามมัสยิด กรรมการอิสลามประจังหวัด ที่มีผลสมบูรณ์ตามคู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกย่อมมีปัญหาในการบังคับใช้ ทำให้งานวิจัยหลาย ๆ เรื่องพบว่า ผู้หญิงและผู้เยาว์ในจังหวัดที่มีการใช้กฎหมายอิสลามส่วนใหญ่ไม่ได้สิทธิต่าง ๆ เหล่านั้น

ข้อสังเกตเกี่ยวกับกรณีที่อาจเกิดประเด็นปัญหาในคู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก ฉบับศาลยุติธรรม

---

[1] สำนักงานศาลยุติธรรม, เพิ่งอ้าง, หน้า 127, สำหรับตำราประกอบการยกร่างคู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวมรดก ฉบับกระทรวงยุติธรรม พ.ศ. สำหรับตำราประกอบการยกร่างคู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวมรดก ฉบับกระทรวงยุติธรรม พ.ศ. 2484 โปรดดู ประไพพิทยาคุณ, "บันทึกเรื่องการร่างหลักกฎหมายอิสลาม" **การสัมมนาการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล**, (กระทรวงยุติธรรม) 2525, 212-213.

ก) กรณีความสามารถของหญิงในการสมรส

สัญญาสมรสในกฎหมายอิสลามตามทัศนะของนักกฎหมายอิสลามส่วนใหญ่ รวมถึงที่ปรากฏอยู่ในคู่มือ "หลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับศาลยุติธรรม)" เป็นสัญญาที่จำกัดความสามารถของหญิง โดยที่หญิงไม่มีความสามารถในการสมรสด้วยตัวเอง การสมรสจะต้องทำโดยวะลีย์(ผู้ปกครอง) เท่านั้น

หลักกฎหมายอิสลามฯ ข้อ 56 กำหนดว่า

"ห้ามมิให้หญิงทำการสมรสตนเอง ด้วยตนเองหรือโดยการตั้งตัวแทน แม้จะได้รับความยินยอมจากวลี"

อย่างไรก็ตามนักกฎหมายอิสลามบางส่วน เช่น นักกฎหมายอิสลามในมัซฮับอบูหะนีฟะฮฺ มีทัศนะว่า หญิงมีความสามารถทำสัญญาสมรสเองได้ เช่นเดียวกับสัญญาปกติอื่นๆ ทั่วไป

นอกจากนั้น นักกฎหมายอิสลามส่วนใหญ่ รวมถึงที่ปรากฏอยู่ในคู่มือ "หลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก" เห็นว่าวะลีย์มุจญ์บิร ซึ่งได้แก่บิดาหรือปู่ในกรณีที่ไม่มีบิดามีอำนาจประกอบพิธีสมรสหญิงโสดได้ เมื่อชายมีคุณสมบัติเหมาะสมกับหญิง แม้ว่าเป็นการสมรสโดยที่หญิงไม่สมัครใจก็ตามหลักกฎหมายอิสลามฯข้อ 74

ตามทัศนะของกฎหมายอิสลามส่วนใหญ่หญิงโสดที่บรรลุนิติภาวะแล้วถือว่ามีความสามารถที่จะทำนิติกรรมสัญญาต่างๆ ได้ด้วยตนเองอย่างสมบูรณ์ ทั้งยังมีความอิสระเต็มที่ที่จะทำนิติกรรมสัญญาแต่อย่างใดโดยไม่มีใครมีอำนาจบังคับให้ทำหรือห้ามมิให้ทำสิ่งใด ๆ ได้ ยกเว้นการสมรสเท่านั้นที่จะกระทำด้วยตนเองตามลำพังไม่ได้ต้องแต่อาศัยวะลีย์ วะลีย์ที่เป็นบิดาหรือปู่มีอำนาจในบังคับบุตรหรือหลานให้ทำการสมรสโดยไม่จำเป็นต้องขอความเห็นชอบนั้น ดูเหมือนจะขัดกับหลักการที่กล่าวมา แต่นักกฎหมายอิสลามส่วนใหญ่มีความเห็นว่าวะลีย์ที่เป็นบิดาหรือปู่มีอำนาจบังคับบุตรสาวหรือหลานสาวของตนเองสมรสได้ โดยมีหะดีษและเหตุผลทั่วๆ สนับสนุนดังนี้

ท่านนบี ﷺ ได้กล่าวไว้ ความว่า "หญิงหม้ายมีสิทธิในตัวของนางเองยิ่งกว่าวะลีย์ของนางและหญิงโสดนั้นให้ขออนุญาตจากนาง และการอนุญาตของนางคือการนิ่งเฉยของนาง"[1]

หะดีษนี้ได้แบ่งสตรีเป็น 2 ประเภท คือหญิงหม้ายและหญิงโสด สำหรับหญิงหม้ายนั้นวะลีย์ไม่มีอำนาจบังคับ ดังนั้นความหมายตรงกันข้ามของหะดิษนี้คือ หญิงโสดนั้นวะลีย์มีอำนาจบังคับในการสมรสได้ เพราะหากหญิงโสดวะลีย์ไม่มีอำนาจบังคับเช่นเดียวกับหญิงหม้ายก็ไม่มีประโยชน์อะไรในการแบ่งสตรีเป็น 2 ประเภทดังกล่าว ดังนั้นเมื่อหะดีษได้แบ่งสตรีออกเป็นประเภท แน่นอนบทบัญญัติเกี่ยวกับสตรีทั้งสองประเภทจะต้องมีความแตกต่างกันด้วย ซึ่งเป็น

---

[1] ความหมายของหะดีษ บันทึกโดยมุสลิม หะดีษหมายเลข 1421.

ความหมายตรงกันข้ามที่เข้าใจจากหะดิษบทนี้ แต่อย่างไรก็ตามวะลีย์ที่มีอำนาจบังคับสมรสนั้นมีเฉพาะบิดาและปู่เท่านั้น

สำหรับหลักฐานจากเหตุผลทั่วไปนั้นคือ การให้สิทธิในลักษณะดังกล่าวนี้เป็นสิ่งที่สอดคล้องกับเหตุผลทางสติปัญญา ทั้งนี้เพราะผู้เป็นบิดาย่อมรักลูกและหวังที่จะให้ลูกมีความสุขมีความมั่นคงและประสบความสำเร็จในชีวิตทั้งในปัจจุบันและอนาคต ดังนั้นการจัดการสมรสของบิดาย่อมตั้งอยู่บนพื้นฐานของความปรารถนาดีและประโยชน์ที่จะเกิดแก่ลูกในอนาคต โดยไม่อาจคาดหมายได้ว่าบิดากระทำไปเพื่อต้องการให้วิถีชีวิตของลูกสาวต้องตกต่ำลง ดังนั้นจึงสมควรให้อำนาจดังกล่าวนี้แก่บิดา ซึ่งเป็นทัศนะของมัซฮับชาฟิอีย์และมาลิกีย์

ในกรณีนี้ อิสมาแอ อาลี เห็นว่า การที่หะดีษได้แยกระหว่างหญิงหม้ายและหญิงโสดนั้นมิได้ความหมายว่าหญิงหม้ายและหญิงโสดมีบทบัญญัติที่แตกต่างกัน คือวะลีย์มีอำนาจบังคับหญิงโสด ตรงข้ามกับหญิงหม้าย แต่การแยกระหว่างทั้งสองนี้มีผลเฉพาะในเรื่องของวิธีการแสดงออกในการยินยอมเท่านั้น กล่าวคือในเมื่อหญิงหม้ายเป็นผู้ทีมีประสบการณ์ในเรื่องการสมรสคงสามารถแสดงความเห็นได้อย่างเปิดเผย ผิดกับหญิงโสดซึ่งมีความละอายมากที่จะพูดเรื่องการสมรสของตัวเอง จึงมีวิธีที่แตกต่างกันในการแสดงความเห็นในเรื่องนี้ ซึ่งเห็นได้ชัดเจนมากจากคำถามของเศาะฮาบะฮในหะดีษดังกล่าวว่า “การยินยอมของหญิงโสดนั้นเป็นอย่างไร?” เป็นคำถามที่แสดงให้เห็นว่าบรรดาเศาะฮาบะฮคิดไม่ออกว่าหญิงโสดจะกล้าพูดเพื่อแสดงความเห็นของตนในเรื่องของการสมรสของตัวเองเพราะมีความละอายแก่ตัว ในทางปฏิบัติที่เป็นจริงก็สอดคล้องกับหะดิษนี้ คือหญิงหม้ายนั้นปกติแล้วฝ่ายชายจะติดต่อเจรจากับเจ้าตัวเอง ผิดกับหญิงโสดซึ่งปกติจะเจรจาผ่านผู้ปกครอง ดังนั้นการสมรสของหญิงหม้ายและหญิงโสดที่บรรลุนิติภาวะแล้วโดยไม่ได้รับความยินยอมจากนางจึงมีผลที่แตกต่างกัน คือการสมรสหญิงหม้ายจะเป็นโมฆะสำหรับหญิงโสดนั้นจะให้สิทธิแก่หญิงที่จะยอมรับหรือปฏิเสธการสมรส หากยอมรับก็มีผลสมบูรณ์ แต่หากปฏิเสธก็ถือว่าเป็นอันยกเลิกไป ดังมีการรายงานว่ามีสาวโสดผู้หนึ่งได้ไปหาท่านนบี ﷺ และได้เล่าให้ท่านนบี ﷺ ว่าบิดาของนางได้สมรสนางโดยที่นางไม่สมัครใจ ท่านนบีจึงให้นางมีสิทธิที่จะเลือก” รายงานโดย อะหมัด อบูดาวูด อิบนุมายะฮและอัดดาเราะกุฏนีย์[1]

การที่ท่านนบี ﷺ ให้นางมีสิทธิที่จะเลือกนั้น หมายความว่าให้สิทธิแก่นางในการที่จะยอมรับการสมรสของบิดาและสิทธิในการที่จะปฏิเสธ แต่คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับศาลยุติธรรม)มิได้บัญญัติถึงสิทธิของหญิงในการที่จะเลือกนี้แต่อย่างใดเพราะหลักกฎหมายดังกล่าวถูกจัดทำขึ้นตามทัศนะของมัซฮับชาฟิอีย์เป็นหลัก และทัศนะของมาลิกและอะหมัด

---

[1] อิสมาแอ อาลี, เรื่องเดียวกัน,หน้า45.

นอกจากนั้น ข้อพิพาทระหว่างบุตรสาวกับบิดาในกรณีเช่นนี้ ยังเกิดขึ้นหลายต่อหลายครั้ง ซึ่งท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ ได้พิพากษาให้สิทธิแก่หญิงในการที่จะยอมรับการสมรสของบิดาและสิทธิในการที่จะปฏิเสธ ดังเช่นทัศนะของนักกฎหมายอิสลามอีกส่วนหนึ่ง ได้แก่ อบูหะนีฟะฮฺอัษเซารีย์อบูษุร เห็นว่า ไม่อนุญาตให้วะลีย์มุจบีร์สมรสหญิงโสดโดยที่นางไม่ยินยอม เพราะอิบนุอับบาส รายงานว่าท่านรอซูลุลลอฮฺ ﷺ ยกเลิกการสมรสของหญิงโสดและหญิงหม้ายที่บิดาของนางทำการสมรสนางโดยไม่เต็มใจ[1]และอิบนุอับบาส ยังกล่าวว่า มีหญิงโสดคนหนึ่งมาหาท่านรสูลุลลอฮฺ ﷺ แล้วกล่าวว่า บิดาของนางทำการสมรสนางกับสามีโดยที่นางไม่เต็มใจ ท่านเราะสูลุลลอฮฺ ﷺ จึงให้นางตัดสินใจเลือกเอง[2]

อัลบัยฮะกีย์ โต้แย้งหะดีษเหล่านี้ว่าถ้าหากว่ามีหะดีษที่บ่งบอกเช่นนั้นจริงๆ ก็มีความหมายว่าเป็นการให้หญิงโสดสมรสกับผู้ที่ไม่เหมาะสมกับนาง และอัลอัสกอลานีย์เห็นว่า เป็นคำตอบที่เป็นที่ยึดถือได้ดีที่สุด เนื่องจากเป็นกรณีเฉพาะไม่สามารถใช้กับกรณีอื่นๆได้[3]

Al-San'ani[4]โต้แย้งว่า ทัศนะของอัลบัยฮะกีย์และอัลอัศกอลานีย์ ไม่มีหลักฐานยืนยัน หากเป็นเช่นนั้นจริงๆ ผู้หญิงคนนั้นย่อมระบุไว้ ยิ่งไปกว่านั้น นางยังกล่าวว่าบิดาของนางทำการสมรสนางกับสามีโดยที่นางไม่เต็มใจบ่งบอกว่าความไม่เต็มใจต่างหากที่เป็นเหตุผลให้นางเลือกได้

Al-Qaradhawi[5]เห็นพ้องกับทัศนะนี้ โดยเห็นว่าบิดาไม่มีสิทธิบังคับบุตรีที่บรรลุนิติภาวะแล้วให้สมรสกับบุคคลที่นางไม่เต็มใจบิดาจะต้องให้สิทธิแก่เธอในการเลือกคู่ครองที่เธอพอใจหากเป็นหญิงหม้ายจะต้องให้นางเปล่งวาจาแสดงความยินยอมให้ชัดเจน ในกรณีของหญิงโสดที่มีความอาย การเงียบของนางถือเป็นการให้ความยินยอม แต่ถ้าเธอปฏิเสธว่า ไม่ บิดาไม่มีสิทธิบังคับเธอได้

ข) กรณีการสิ้นสุดการสมรส

คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก กำหนดว่า การสมรสสิ้นสุดลงด้วยวิธีต่าง ๆ เช่น เฏาะลากหรือการหย่าคุลอฺหรือการหย่าโดยมีสินจ้าง การฟะสัค อินฟิซาคหรือการสมรสที่เป็นโมฆะด้วยผลของกฎหมาย ลิอาน การตาย และอื่นๆ

---

1 บันทึกโดย อัดดาร์กุตนีย์ เลขหะดีษ 53 กีตาบการสมรส อัลบัยอะกีย์ เลขหะดีษ 13449 บาบ ไม่มีการสมรสนอกจากด้วยวะลีย์

2 บันทึกโดย อบูดาวูด เลขหะดีษ 2096 กีตาบการสมรส บาบหญิงโสดที่บิดาสมรสโดยนางไม่ยินยอม

3 Al-Asqalani, **Fath al-Bari** 9, (Cairo : Dar al-Raiyan), 1987, 67.

4 Al-San-'ani, **Subul al-Salam** 3, (Cairo: Dar al-Hadith), 1994, 179.

5 Al-Qaradhawi, **Al-Hall al-Islami Faridhahwa Dharurah**, (Cairo: Wahbah), 1993, 335.

คู่มือ “หลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก” ซึ่งเป็นไปตามมัซฮับชาฟิอีย์และนักกฎหมายอิสลามส่วนใหญ่ ที่มีทัศนะเกี่ยวกับการสิ้นสุดการสมรสที่เป็นไปอย่างง่าย อันทำให้เกิดปัญหาของการล่มสลายของสถาบันครอบครัวได้อย่างง่ายดายด้วย เช่น สามีกล่าวคำหย่าโดยเจตนาหรือไม่เจตนา หรือขณะมึนเมาไม่ได้สติจากการเสพสุรายาเมาด้วยเจตนา กล่าวคำที่มีความหมายคลุมเครือแต่มีเจตนาหย่า ไม่ว่าจะโดยต่อหน้าหรือลับหลังภรรยา หรือพิมพ์โดยไม่ลงนาม การใช้คำว่า “หย่าสามครั้ง” ในวาระเดียวกันมีผลเช่นเดียวกับกับการหย่าสามครั้งโดยการปฏิบัติจริง การหย่าโดยมีเงื่อนไขบังคับก่อนหรือเงื่อนเวลาหรือทัณฑ์บน การหย่าลักษณะต่างๆ เหล่านี้ถือว่าเป็นการหย่าที่มีผลตามกฎหมายอิสลามทั้งสิ้นนอกจากนั้น “หลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก” ยังยอมรับว่า ไม่ว่าการหย่านั้นจะทำที่ไหนก็มีผลสมบูรณ์ทั้งสิ้น ไม่ว่าสามีหย่าภรรยาด้วยตนเองตามลำพัง โดยไม่มีผู้เกี่ยวข้องไม่ว่าจะเป็นพยาน หรือหย่าโดยผู้นำศาสนา ดะโต๊ะยุติธรรม หรืออื่น ๆ ดังความใน ข้อ 170 171 และ176เป็นต้น

แม้ว่า โดยทั่วไปแล้วการหย่าในลักษณะดังกล่าวข้างต้น เป็นการหย่าที่สมบูรณ์และมีผลตามกฎหมายตามทัศนะของนักวิชาการในมัซฮับชาฟิอีย์และนักวิชาการส่วนใหญ่ แต่เป็นเพียงทัศนะทางกฎหมายอิสลามของนักวิชาการเหล่านั้นเท่านั้น โดยไม่ได้มีรูปแบบมาจากอัลกุรอานและสุนนะฮฺ จึงทำให้นักวิชาการอิสลามในยุคหลังเห็นว่า อิสลามไม่ได้ส่งเสริมการล่มสลายของสถาบันครอบครัว การหย่าในลักษณะต่างๆ ดังกล่าวจึงควรใช้หลักการเดิมที่ปรากฏอยู่ในอัลกุรอานและสุนนะฮฺ เนื่องจากการสิ้นสุดการสมรสมิได้มีความหมายเฉพาะครอบครัวใดครอบครัวหนึ่งเท่านั้น แต่หมายความถึงปัจจุบัน และอนาคตของประชาชาติ เมื่อเกิดความแตกแยกในครอบครัวใดครอบครัวหนึ่งจึงหมายถึงผลร้ายที่จะเกิดขึ้นกับประชาชาติทั้งหมด

ค) กรณีพยานในการหย่า

คู่มือ “ หลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก” มาตรา 169 มิได้กล่าวถึงเรื่องพยานในการหย่าแต่อย่างใด จึงเป็นที่เข้าใจได้ว่า “ หลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก” ถือว่าพยานนั้นมิไดเป็นเงื่อนไขของการหย่า กล่าวคือ การหย่าที่ไม่มีพยานย่อมมีผลถูกต้องตามกฎหมายอิสลามทุกประการ ซึ่งเป็นทัศนะของนักกฎหมายอิสลามส่วนใหญ่รวมทั้งมัซฮับทั้งสี่ด้วย

เหตุผลสำคัญของทัศนะนี้ คือ

(1) ไม่มีหลักฐานใดๆ จากอัลกุรอานและสุนนะฮฺของท่านนบีﷺและจากแนวปฏิบัติของเศาะฮาบะฮฺที่แสดงว่าพยานเป็นเงื่อนไขในการหย่า

(2) การหย่าเป็นสิทธิของสามี การใช้สิทธิโดยทั่วไปไม่จำเป็นต้องจัดให้มีพยาน

อีกทัศนะหนึ่งซึ่งเป็นทัศนะของมัซฮับซอฮิรีย์และนักกฎหมายอิสลามบางท่านมีความคิดเห็นว่าพยานบุคคลนั้นเป็นเงื่อนไขในการหย่า ดังนั้น ตามทัศนะนี้การหย่าที่ไม่มีพยานบุคคลย่อมตกเป็นโมฆะคือไม่มีผลทางกฎหมายแต่อย่างใด

เหตุผลสำคัญของทัศนะนี้ คือ

(1) โองการอัลกุรอาน อัลลอฮฺตรัสไว้ความว่า

"เมื่อพวกนางจวนจะครบวาระของพวกนางแล้ว พวกเจ้าจงรักษาพวกนางไว้ด้วยความชอบธรรม หรือจงแยกจากพวกนางด้วยความชอบธรรมและจงจัดให้มีพยานสองคนที่ทีคุณสมบัติอัดลฺในหมู่พวกเจ้า"[1]

จากโองการอัลกุรอานอายะฮฺนี้จะเห็นได้ว่าอัลลอฮฺทรงบัญชาให้มีพยานเมื่อต้องการกลับคืนดีหรือต้องการเลิกจากการเป็นสามีภริยากัน

ทัศนะที่เห็นว่าพยานบุคคลมิได้มีเงื่อนไขในการหย่าเห็นว่าคำสั่งในอายะฮฺดังกล่าวนี้ไม่มีความหมายเป็นคำสั่งบังคับ(วาญิบ) แต่เป็นคำสั่งที่มีความหมายเชิงแนะนำ อันหมายถึงการจัดให้มีพยานนั้นเป็นสิ่งที่ควรกระทำเท่านั้น

อะฏออ์ ได้อธิบายอายะฮฺข้างต้นว่า "ไม่อนุมัติในการสมรสการหย่าร้างและการกลับคืนดี เว้นแต่ด้วยพยานสองคนที่มีคุณธรรม นอกจากในกรณีที่มีเหตุผลกระทำมิได้ "

(2) ทัศนะของเศาะฮาบะฮฺที่เห็นการหย่าและการกลับคืนดีจะต้องมีพยาน ดังปรากฏในรายงานว่า อิมรอนอิบนุ ฮุศอยน์ ถูกถามเรื่องสามีที่หย่าภรรยาของเขา หลังจากนั้นเขาสมสู่กับนางโดยที่เขามิได้จัดให้มีพยานในการหย่าและในการกลับคืนดีกับนาง ท่านกล่าวว่า "เจ้าหย่าโดยไม่ปฏิบัติตามสุนนะฮฺและเจ้ากลับคืนดีโดยไม่ปฏิบัติตามสุนนะฮฺ เจ้าจงจัดให้มีพยานในการหย่านางและในการกลับคืนดีกับนาง และเจ้าจงอย่ากลับทำเช่นนั้นอีก"[2]

(3) การหย่ามีลักษณะเหมือนกับการกลับคืนดี เพราะเป็นการกระทำโดยฝ่ายเดียวของคู่สัญญาในการสมรสแต่มีผลต่อทั้งสองฝ่าย อันเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของบุคคล จึงจำเป็นที่จะต้องกำหนดให้มีพยาน ทั้งนี้เพื่อเป็นการตัดปัญหาและความยุ่งยากที่อาจจะเกิดขึ้นได้ในอนาคต

การกำหนดให้มีพยานในการหย่าจะช่วยให้การหย่าซึ่งเป็นสิ่งอนุมัติที่อัลลอฮฺทรงโกรธกริ้วมากที่สุดลดลงได้ เพราะพยานอาจสามารถประนีประนอมหรือเกลี้ยกล่อมเพื่อมิให้เกิดการหย่าได้

---

1 ความหมายอัลกุรอาน, อัฏเฏาะลาก : 2.

2 รายงานโดยอบูดาวูด หะดีษเลขที่ 2186. และอิบนุมาญะฮฺ หะดีษเลขที่ 2025.

ดังนั้น จึงมีนักกฎหมายอิสลามในปัจจุบันหลายท่านที่เห็นด้วยกับทัศนะนี้เพราะเหตุผลที่กล่าวมาพร้อมทั้งเรียกร้องให้มีการบัญญัติเป็นกฎหมายเพื่อถือปฏิบัติต่อไป[1]

ง)กรณีการหย่าโดยมีสินจ้าง

ในตำรากฎหมายอิสลาม เรียกว่า “คุลอฺ” หมายถึง การขาดจากการสมรสโดยมีค่าตอบแทนด้วยการใช้คำว่า “เฏาะลาก” หรือ “คุลอฺ”

“คุลอฺ” เป็การหย่าที่มีค่าตอบแทน ซึ่งกฎหมายอิสลามถือว่าเป็นวิธีการหนึ่งที่ทำให้การสมรสสิ้นสุดลง

อย่างไรก็ตาม ตาม “หลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก” สิทธิของหญิงในการหย่าโดยมีสินจ้าง เป็นสิทธิที่ไม่สมบูรณ์ในตัวเอง คือต้องได้รับความยินยอมจากชายดังความในหมวด 9 ข้อ 247 และ 248 ซึ่งแตกต่างจากสิทธิในการหย่าของชาย ที่ไม่ต้องขอความยินยอมจากหญิง ซึ่งนักวิชาการอิสลามมีทัศนะที่แตกต่างกันในประเด็นนี้ ซึ่ง“หลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก”ยึดทัศนะของนักวิชาการอิสลามส่วนใหญ่ที่เห็นว่า สิทธิของหญิงในการหย่าโดยมีสินจ้างต้องได้รับความยินยอมจากชาย แต่มีบางท่าน เช่นอัลกุรฏุบีย์ รายงานว่า สะอีด บินญุบัยร์ อัลหะซัน และอิบนุซีรีน เห็นว่าสิทธิของหญิงในการหย่าโดยมีสินจ้าง ไม่จำเป็นต้องขอความยินยอมจากชาย เช่นเดียวกับที่ชายไม่ต้องขอความยินยอมจากหญิงในการหย่า[2]

4.5 องค์กรบริหารและพัฒนาการใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย

องค์กรบริหารและพัฒนาการใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย ได้แก่องค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ในการบริหารและพัฒนาการใช้กฎหมายอิสลามตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยและกฎหมายอื่นๆเช่น ประธานศาลฎีกา คณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมคณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรม (ก.บ.ศ.)คณะกรรมการข้าราชการศาลยุติธรรม (ก.ศ.)สำนักงานศาลยุติธรรม องค์กรศาลที่เกี่ยวข้องกับการใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย รวมทั้งองค์กรที่เกี่ยวข้องตามกฎหมายและตามบทบัญญัติแห่งศาสนาอิสลาม เช่น ศูนย์อำนวยการบริหารจังหวัดชายแดนภาคใต้ (ศอ.บต.) คณะกรรมกฤษฎีกา กระทรวงการคลัง สำนักงบประมาณ สภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา จุฬาราชมนตรี คณะกรรมการกลางอิสลามแห่งประเทศไทย คณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัด คณะกรรมการอิสลามประจำมัสยิด สถาบันการศึกษาอิสลาม องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น และหน่วยงานที่เกี่ยวข้องอื่นๆ ที่มีหน้าที่บริหารและพัฒนาการใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทยโดยตรงและอ้อม

---

[1] อิสมาแอ อาลี, เรื่องเดียวกัน, 101-103.

[2] Al-Qurtubi, **Al-Jam’I li Ahkam al-Quran** 3, 75.

4.5.1 ประธานศาลฎีกา

ประธานศาลฎีกาในฐานะประมุขของตุลาการมีอำนาจหน้าที่ในการวางระเบียบราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรมเพื่อให้กิจการของศาลยุติธรรมดำเนินไปโดยเรียบร้อยและเป็นระเบียบเดียวกันดูแลผู้พิพากษาศาลยุติธรรมให้ปฏิบัติตามระเบียบวิธีการต่าง ๆที่กำหนดขึ้นโดยกฎหมายหรือโดยประการอื่นให้ถูกต้องรวมทั้งมีอำนาจในการกำหนดนโยบายและบริหารราชการศาลยุติธรรม(สำนักประธานศาลฎีกา2012)โดยในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการบริหารและพัฒนาการใช้กฎหมายอิสลามนั้น มีข้อเสนอแนะจากที่ประชุมสัมมนาเกี่ยวกับการพัฒนาการใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทยหลายครั้ง ผู้ทรงคุณวุฒิที่เข้าร่วมสัมมนามีความเห็นตรงกันว่าการจัดทำหลักกฎหมายอิสลามที่จัดทำขึ้นในลักษณะเป็นคู่มือควรจะต้องได้รับการรับรองจากประธานศาลฎีกาและควรพัฒนาหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกในปัจจุบันเป็นข้อบังคับประธานศาลฎีกา เพื่อยกระดับความเป็นกฎหมายและการมีผลผูกพันของทุกฝ่ายให้มากยิ่งขึ้น ก่อนที่จะพัฒนาเป็นประมวลกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก

4.5.2 คณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม (ก.ต.)

คณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม ประกอบด้วยประธานศาลฎีกาเป็นประธานโดยตำแหน่งกับผู้พิพากษาศาลชั้นต้นศาลอุทธรณ์และศาลฎีกาที่ได้รับการคัดเลือกจากผู้พิพากษาทั่วประเทศชั้นศาลฎีกา6คนชั้นศาลอุทธรณ์4คนชั้นศาลชั้นต้น2คนและกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมผู้ทรงคุณวุฒิที่วุฒิสภาคัดเลือกอีก2 คน ซึ่งมีวาระในการดำรงตำแหน่งคราวละ 2 ปี ทำหน้าที่ในการบริหารงานบุคคลของข้าราชการตุลาการ ก.ต. เป็นองค์กรที่มีบทบาทและภารกิจในการวางแผนกำลังคนในด้านตุลาการ เช่น การกำหนดคุณสมบัติเฉพาะตำแหน่ง การสรรหาบุคลากรที่มีคุณภาพ การบรรจุแต่งตั้ง การพัฒนาบุคลากร การควบคุมให้ข้าราชการตุลาการอยู่ในกรอบแห่งจริยธรรมและมาตรการในการรักษาวินัยโดยอาศัยระบบคุณธรรม เพื่อให้ผู้พิพากษามีหลักประกันอันมั่นคงว่าจะได้รับการ สนับสนุนและการคุ้มครองให้มีความอิสระอย่างแท้จริง[1]โดยอำนาจหน้าที่คณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม ในด้านการบริหารและพัฒนาการใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย เป็นอำนาจเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลในกรณีของดะโต๊ะยุติธรรม โดยคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมมีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับดะโต๊ะยุติธรรม เช่น อำนาจหน้าที่ตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543มาตรา 52 – 55เป็นต้น

---

[1] กองสารนิเทศและประชาสัมพันธ์ สำนักงานศาลยุติธรรม, **ศาลยุติธรรม**, (กรุงเทพฯ: คัลเลอร์บ๊อกซ์), ม.ป.ป., หน้า 13 – 14.

4.5.3 คณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรม (ก.บ.ศ.)

คณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรม (ก.บ.ศ.) ประกอบด้วย ประธานศาลฎีกาเป็นประธานโดยตำแหน่ง และข้าราชการตุลาการ ในศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์ และศาลฎีกา ที่ได้รับเลือกจากผู้พิพากษาทั่วประเทศชั้นศาลละ 4 คน กับบุคคลภายนอกผู้ทรงคุณวุฒิด้านงบประมาณ ด้านพัฒนาองค์กร หรือด้านบริหารจัดการที่ประธาน ก.บ.ศ. และ ก.บ.ศ.ประจำศาลเลือกมา ไม่น้อยกว่า 2 คน แต่ไม่เกิน 4 คน คณะกรรมการชุดนี้มีวาระการดำรงตำแหน่งคราวละ 2 ปี เป็นผู้กำหนดโครงสร้างของสำนักงานศาลยุติธรรมตลอดจนการแบ่ง ส่วนราชการภายในองค์กร วางระเบียบข้อบังคับในการบริหารราชการ ให้ความเห็นชอบแก่เลขาธิการสำนักงานศาลยุติธรรมในการเสนอร่างกฎหมายที่เกี่ยวกับการบริหารราชการให้ความเห็นชอบในการจัดทำ งบประมาณรายจ่ายประจำปี ให้ความเห็นชอบในการบริหารจัดการงบประมาณและพัสดุ กำกับดูแลการบริหารราชการของสำนักงานศาลยุติธรรมให้เป็นไปตามกฎหมายและระเบียบแบบแผน รวมทั้งมีอำนาจสั่งยับยั้งการบริหารราชการที่ไม่ถูกต้องได้ ให้ความเห็นชอบในการจัดตั้งยุบเลิกหรือเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจศาลและกำหนดจำนวนผู้พิพากษาในแต่ละศาลให้เหมาะสมตามความจำเป็นของทางราชการ[1]โดยอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรม (ก.บ.ศ.) ในด้านการบริหารและพัฒนาการใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย เป็นอำนาจเกี่ยวกับการให้ความเห็นชอบในการจัดตั้งและกำหนดเขตอำนาจศาลที่ใช้กฎหมายอิสลามและอื่น ๆ ตาม พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 นอกจากนั้น ในช่วงเวลาที่ผ่านมา ประธานคณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรม อาศัยอำนาจตามความในมาตรา 17 (7) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 ได้มีคำสั่งคณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรม ที่ 2/2554 เรื่อง แต่งตั้งคณะอนุกรรมการจัดทำคู่มือกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก ภายใต้การดำเนินการโครงการส่งเสริมประสิทธิภาพงานยุติธรรมศาลในจังหวัดชายแดนภาคใต้ โดยให้คณะอนุกรรมการดังกล่าวมีอำนาจหน้าที่ศึกษา วิเคราะห์ รวบรวมหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก คำพิพากษาศาลฎีกา ข้อวินิจฉัยของจุฬาราชมนตรีในส่วนที่เกี่ยวข้อง และจัดทำคู่มือเพื่อให้เป็นมาตรฐานเดียวกันในการปฏิบัติงาน ซึ่งขณะนี้ คณะอนุกรรมการได้ดำเนินการสำเร็จลุล่วง และศาลยุติธรรมได้จัดพิมพ์เผยแพร่“คู่มือหลักกฎมหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ฉบับศาลยุติธรรม)” แล้ว นับเป็นความสำเร็จในการจัดทำหลักกฎหมายอิสลามครั้งที่ 2 ของประเทศไทย และเป็นครั้งแรกของศาลยุติธรรมดังกล่าวนี้คือความสำเร็จสมบูรณ์ในระยะที่ 1 ของโครงการ และกำลังเข้าสู่การดำเนินโครงการฯ ในระยะที่ 2 คือ การเขียนคำอธิบายคู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกเรียงตามรายข้อ โดยมีคำพิพากษา

---

[1] กองสารนิเทศและประชาสัมพันธ์ สำนักงานศาลยุติธรรม, เรื่องเดียวกัน,14.

ศาลฎีกา ข้อวินิจฉัยของจุฬาราชมนตรีในส่วนที่เกี่ยวข้อง ตำราอ้างอิง เพื่อให้บุคคลทั่วไปมีความรู้และความเข้าใจหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกมากยิ่งขึ้น

4.5.4 คณะกรรมการข้าราชการศาลยุติธรรม (ก.ศ.)

คณะกรรมการข้าราชการศาลยุติธรรม (ก.ศ.) ประกอบด้วย รองประธานศาลฎีกาที่มีอาวุโสสูงสุดเป็นประธานโดยตำแหน่งประธานศาลอุทธรณ์ เลขาธิการก.พ. และเลขาธิการสำนักงานศาลยุติธรรมเป็นกรรมการ โดยตำแหน่งกับข้าราชการตุลาการ ซึ่งได้รับการแต่งตั้งจาก ก.ต. ชั้นศาลละ1 คนข้าราชการศาลยุติธรรมระดับ 8 ขึ้นไป ที่ได้รับเลือกจากข้าราชการศาลยุติธรรมระดับ 6 ขึ้นไป จำนวน 5 คน และบุคลากรผู้ทรงคุณวุฒิด้านการพัฒนาองค์กร ด้านการบริหารงานบุคคล หรือด้านการบริหารจัดการที่ ก.ศ. เลือกมา ไม่เกิน 3 คน ร่วมเป็นกรรมการคณะกรรมการชุดนี้มีวาระในการดำรงตำแหน่งคราวละ 2 ปีมีบทบาทหน้าที่ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับข้าราชการศาลยุติธรรมนับตั้งแต่การกำหนดสายงานให้เหมาะสมและสอดคล้องกับความจำเป็นในการปฏิบัติงาน สร้างเกณฑ์มาตรฐานสำหรับกำหนดตำแหน่งวางแผนอัตรากำลังคน การสรรหาบุคลากร กำหนดวิธีการเข้าสู่ตำแหน่งการบรรจุ แต่งตั้ง สิทธิประโยชน์ ค่าตอบแทน การพัฒนาบุคลากร วินัย การลา สวัสดิการอื่น ๆ[1]

4.5.5 สำนักงานศาลยุติธรรม

สำนักงานศาลยุติธรรม เป็นหน่วยธุรการมีฐานะเป็นนิติบุคคล มีเลขาธิการสำนักงานศาลยุติธรรมเป็นผู้บังคับบัญชา ขึ้นตรงต่อประธานศาลฎีกา ในการแต่งตั้งเลขาธิการสำนักงานศาลยุติธรรม ต้องมาจากข้อเสนอของประธานศาลฎีกาและได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับงานธุรการศาลยุติธรรม เช่น การจัดทำงบประมาณรายจ่ายประจำปี การบริหารการเงิน การพัสดุ อาคารสถานที่ การวางแผนเกี่ยวกับบุคลากร งานทางวิชาการ และงานส่งเสริมงานตุลาการ[2]

4.5.6 องค์กรศาลที่เกี่ยวข้องกับการใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย

การใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทยตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลาและสตูล พ.ศ. 2489 ยอมรับให้นำเอากฎหมายอิสลามมาบังคับแทนประมวลกฎหมายแพ่งและพานิชย์ว่าด้วยครอบครัวและมรดกเท่านั้น โดยไม่ได้ก่อตั้งศาล และกำหนดวิธีพิจารณาคดีสำหรับศาลขึ้นเป็นพิเศษ และไม่เป็นเอกเทศจากศาลแพ่ง กล่าวคือ ได้กำหนดให้ศาลชั้นต้นในจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลาและสตูลเป็นผู้พิจารณาคดีตามกฎหมาย

---

[1] กองสารนิเทศและประชาสัมพันธ์ สำนักงานศาลยุติธรรม, เรื่องเดียวกัน,14 – 15.

[2] กองสารนิเทศและประชาสัมพันธ์ สำนักงานศาลยุติธรรม, เรื่องเดียวกัน,16 – 17.

อิสลาม ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าศาลชั้นต้นในเขตจังหวัดดังกล่าวปฏิบัติหน้าที่จึงมีสภาพเป็นศาลศาสนาอิสลามโดยมีดะโต๊ะยุติธรรมประจำแต่ละศาลเป็นผู้ชี้ขาดข้อกฎหมายอิสลาม

เนื่องจากมาตรา 3 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามฯ ใช้คำว่า “ศาลชั้นต้น” มิได้ใช้คำว่า “ศาลจังหวัด” ฉะนั้น จึงไม่หมายความเฉพาะศาลจังหวัดเท่านั้นแต่หมายความถึงศาลอื่นๆ ทั้งหมดที่อยู่ในฐานะเป็นศาลชั้นต้น เช่น ศาลแขวง ศาลคดีเด็กและเยาวชนอื่นๆ ถ้าหากศาลนั้นมีอำนาจพิจารณาคดีในส่วนที่เกี่ยวด้วยครอบครัวมรดกอิสลาม แต่เมื่อพิจารณาถึงศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีใน 4 จังหวัด ก็มีแต่ศาลจังหวัดเท่านั้น ฉะนั้น ศาลจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลาและสตูล จึงทำหน้าที่เป็นศาลศาสนาอิสลาม โดยมีรายละเอียดต่างๆ เกี่ยวกับศาลและวิธีพิจารณาตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง คือ

(1) เขตอำนาจศาล เขตอำนาจศาลในการพิจารณาคดีตามกฎหมายอิสลามนั้นหมายถึงเขตอำนาจศาลชั้นต้นในจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลาและสตูล การที่จะพิจารณาว่าคดีใดศาลสามารถจะนำเอากฎหมายอิสลามมาบังคับใช้แทนประมวลกฎหมายแพ่งว่าด้วยครอบครัวมรดกนั้น จะต้องพิจารณาว่า

ก) เป็นคดีแพ่งที่เกี่ยวด้วยเรื่องครอบครัวและมรดก

ข) มีคู่ความเป็นมุสลิมทั้งโจทก์และจำเลย หรือเป็นผู้เสนอคำขอในคดีไม่มีข้อพิพาท

ค) ต้องเป็นคดีที่อยู่ในเขตอำนาจพิจารณาคดีของศาลจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลาและสตูล ถ้าเป็นคดีที่อยู่ในเขตอำนาจพิจารณาของศาลจังหวัดอื่นนอกจาก 4 จังหวัดดังกล่าวแล้ว แม้โจทก์ จำเลยผู้ร้องขอหรือเจ้ามรดกจะเป็นคนนับถือศาสนาอิสลามก็ต้องใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพานิชย์บังคับ จะใช้กฎหมายอิสลามบังคับไม่ได้

(2) ดะโต๊ะยุติธรรมดะโต๊ะยุติธรรมตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตสถานให้คำแปลว่า ข้าราชการฝ่ายตุลาการ ซึ่งได้รับแต่งตั้งให้เป็นผู้มีอำนาจและหน้าที่ในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อกฎหมายอิสลาม[1]พระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามได้กำหนดให้มีอำนาจหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดข้อกฎหมายอิสลามดะโต๊ะยุติธรรมจึงมีบทบาทที่สำคัญต่อกระบวนการใช้กฎหมายอิสลามเช่นเดียวกับผู้พิพากษาทั่วไปที่มีบทบาทที่สำคัญต่อกระบวนการทางศาล การบริหารกฎหมายอิสลามจะเป็นไปโดยมีประสิทธิภาพหรือไม่นั้น ขึ้นอยู่กับกระบวนการทั้งหลายที่เกี่ยวข้องกับดะโต๊ะยุติธรรมตามที่กฎหมายกำหนดไว้ในเรื่องที่เกี่ยวกับสถานภาพ คุณสมบัติ วิธีการคัดเลือกและการแต่งตั้ง ตลอดจนวิธีการพิจารณาคดีของดะโต๊ะยุติธรรม

---

[1] ราชบัณฑิตสถาน, **พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542**, แหล่งที่มา: http://www.royin.go.th/th/home (2012, March 31).

4.5.7 ศูนย์อำนวยการบริหารจังหวัดชายแดนภาคใต้ (ศอ.บต.)

ศูนย์อำนวยการบริหารจังหวัดชายแดนภาคใต้ (ศอ.บต.) มีบทบาทหน้าที่ในการเสริมสร้างสันติสุขในพื้นที่จังหวัดชายแดนภาคใต้อำนวยการและประสานการปฏิบัติในการบริหารงานยุติธรรมแบบบูรณาการ พัฒนากฎหมายที่สอดคล้องกับวิถีชีวิตและวัฒนธรรมของคนในพื้นที่ โดยมีการแต่งตั้งสภาที่ปรึกษาเสริมสร้างสันติสุขจังหวัดชายแดนภาคใต้ (สสต.) ทำหน้าที่ให้คำปรึกษาเสนอแนะการแก้ไขปัญหาจังหวัดชายแดนภาคใต้ วินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับศาสนาวัฒนธรรม และความเสมอภาค รวมทั้งรับฟังความคิดเห็นแลกเปลี่ยนเรียนรู้จากภาคส่วนต่างๆ ในพื้นที่ โดยในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการบริหารและพัฒนาการใช้กฎหมายอิสลามนั้นสภาที่ปรึกษาเสริมสร้างสันติสุขจังหวัดชายแดนภาคใต้ร่วมกับผู้ทรงคุณวุฒิด้านกฎหมาย ผู้บริหารระดับสูงและเจ้าหน้าที่ ศอ.บต. เดินทางไปศึกษาดูงานการใช้กฎหมายอิสลามในต่างประเทศ เช่น ศรีลังกา อียิปต์และได้จัดการสัมมนาเชิงปฏิบัติการเพื่อพัฒนาแนวทางบังคับใช้ ป.พ.พ.ว่าด้วยครอบครัวและมรดกและป.พ.พ.ที่เกี่ยวข้องอื่นกับชาวไทยที่นับถือศาสนาอิสลาม โดยมีผู้เข้าร่วมการสัมมนาประกอบด้วยผู้พิพากษา ดะโต๊ะยุติธรรม บุคลากรจากกระทรวงยุติธรรม นักวิชาการคณะกรรมการกฎหมายฯ กรรมาธิการแก้ปัญหาจังหวัดชายแดนภาคใต้ ภาคเอกชน เครือข่ายยุติธรรมชุมชนและนักศึกษารวมแล้วประมาณ 600คน ทั้งนี้ เพื่อรับฟังความคิดเห็นทั้งจากภาคประชาสังคมและภาครัฐในการพัฒนาแนวทางการบังคับใช้กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกของประเทศไทยเพื่อให้สอดคล้องกับวิถีอัตลักษณ์ความเป็นอยู่ของประชาชนที่นับถือศาสนาอิสลาม ต่อมา

นอกจากนั้น ศูนย์อำนวยการบริหารจังหวัดชายแดนภาคใต้(ศอ.บต.) ได้เห็นชอบให้มีการแต่งตั้งคณะทำงานศึกษา รวบรวม จัดทำสภาพปัญหาการใช้กฎหมายอิสลามขึ้น และต่อมาได้จัดให้ผู้นำศาสนาอิสลาม จำนวน 326 ตำบล ใน5 จังหวัดชายแดนภาคใต้ (จังหวัดยะลา,ปัตตานี, นราธิวาส ,สตูล และสงขลา)เข้าร่วมกิจกรรมเพื่อเพิ่มเติมความรู้ในการนำบทบัญญัติเนื้อหาในหลักกฎหมายอิสลามมาปฏิบัติและเผยแพร่แก่ชุมชน

4.5.8 จุฬาราชมนตรี คณะกรรมการกลางอิสลามแห่งประเทศไทย คณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดคณะกรรมการอิสลามประจำมัสยิด และสถาบันการศึกษาอิสลาม

จุฬาราชมนตรีการใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทยปัจจุบัน ไม่มีกฎหมายใดบัญญัติไว้ให้เป็นอำนาจหน้าที่ของจุฬาราชมนตรี คณะกรรมการกลางอิสลามแห่งประเทศไทยคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัด และหรือคณะกรรมการอิสลามประจำมัสยิด เนื่องจากพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการศาสนูปถัมภ์ฝ่ายอิสลามพุทธศักราช 2488 มาตรา 3กำหนดว่าจุฬาราชมนตรี มีหน้าที่ปฏิบัติราชการส่วนพระองค์ เกี่ยวแก่การที่จะทรงอุปถัมภ์ศาสนาอิสลาม และมาตรา 6 จุฬาราชมนตรีเป็นประธานคณะกรรมการอิสลามกลางแห่งประเทศไทยโดยตำแหน่ง ใน พ.ศ.

2491 พระราชกฤษฎีกา ว่าด้วยการศาสนูปถัมภ์ฝ่ายอิสลาม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2491ได้ยกเลิกความใน มาตรา 3 แห่งพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการศาสนูปถัมภ์ฝ่ายอิสลามพุทธศักราช2488 และแก้ไข อำนาจหน้าที่ของจุฬาราชมนตรีให้มีหน้าที่ให้คำปรึกษาแก่กรมการศาสนาในกระทรวงศึกษาธิการ เกี่ยวกับศาสนูปถัมภ์ฝ่ายอิสลาม

จนกระทั่งต่อมาใน พ.ศ. 2540 มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติการบริหารองค์กร ศาสนาอิสลาม พศ 2540 ยกเลิกพระราชกฤษฎีกา ว่าด้วยการศาสนูปถัมภ์ฝ่ายอิสลามพุทธศักราช 2488 และพระราชกฤษฎีกา ว่าด้วยการศาสนูปถัมภ์ฝ่ายอิสลาม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2491 พระราช-บัญญัติการบริหารองค์กรศาสนาอิสลาม พ.ศ. 2540 มาตรา6 กำหนดให้พระมหากษัตริย์แต่งตั้ง จุฬาราชมนตรีให้เป็นผู้นำกิจการศาสนาอิสลามในประเทศไทย และมาตรา 8 บัญญัติว่า จุฬาราชมนตรีมีอำนาจหน้าที่ให้คำปรึกษาและเสนอความเห็นต่อทางราชการเกี่ยวกับกิจการศาสนา อิสลามแต่งตั้งคณะผู้ทรงคุณวุฒิเพื่อให้คำปรึกษาเกี่ยวกับบัญญัติแห่งศาสนาอิสลาม ออกประกาศ แจ้งผลการดูดวงจันทร์ เพื่อกำหนดวันสำคัญทางศาสนาออกประกาศเกี่ยวกับข้อวินิจฉัยตามบัญญัติ แห่งศาสนาอิสลาม

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายบัญญัติไว้อย่างเป็นทางการโดยตรง ถึงอำนาจหน้าที่ในการบริหารและพัฒนากฎหมายอิสลามในประเทศไทย แต่หน้าที่โดยทางศาสนา ในฐานะประมุขทางศาสนาของประชาชนมุสลิมทั่วประเทศ จุฬาราชมนตรีย่อมมีหน้าที่ที่จะต้อง ส่งเสริมสนับสนุนให้มีการบังคับใช้กฎหมายอิสลาม ยิ่งกว่านั้น ในระยะหลังนี้มีความพยายามที่ให้ จุฬาราชมนตรีมีความเกี่ยวข้องกับการใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทยมากขึ้นดังปรากฏอยู่ใน ร่างพระราชบัญญัติการใช้กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัว มรดก และการพิจารณาคดี ที่เสนอเข้า สู่การพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎรทั้ง 3 ร่าง ได้แก่ ร่างที่เสนอโดยนายฮอซาลี ม่าเหร็ม กับคณะ ร่างที่เสนอโดยนายนัจมุดดีน อูมา กับคณะ และร่างที่เสนอโดยนายวิรัตน์ กัลยาศิริ กับคณะกำหนด เหมือนกันว่ากฎหมายอิสลามที่จะนำมาบังคับใช้ในศาลต้องผ่านการรับรองจากจุฬาราชมนตรี ซึ่ง เป็นการพยายามที่สอดคล้องกับความเป็นมาของการใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทยดังกล่าว แล้ว

คณะกรรมการกลางอิสลามแห่งประเทศไทยพระราชบัญญัติการบริหารองค์กรศาสนา อิสลาม พ.ศ. 2540 มาตรา 18 บัญญัติว่า “คณะกรรมการกลางอิสลามแห่งประเทศไทยมีอำนาจ หน้าที่ ดังต่อไปนี้

(1) ให้คำปรึกษาแก่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยและรัฐมนตรีว่าการ กระทรวงศึกษาธิการในการปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้

(2) ให้คำปรึกษาหรือข้อแนะนำเกี่ยวกับศาสนาอิสลามแก่คณะกรรมการอิสลาม ประจำจังหวัดและคณะกรรมการอิสลามประจำมัสยิด

(3) แต่งตั้งคณะอนุกรรมการเพื่อปฏิบัติงานตามที่คณะกรรมการกลางอิสลามแห่งประเทศไทยมอบหมาย

(4) ออกระเบียบเกี่ยวกับการจัดการทรัพย์สินและการจัดหาผลประโยชน์ของสำนักงานคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดและมัสยิด

(5) ออกระเบียบวิธีการดำเนินงานและควบคุมดูแลการบริหารงานของคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดและคณะกรรมการอิสลามประจำมัสยิด

(6) ปฏิบัติหน้าที่เป็นคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดในจังหวัดที่ไม่มีคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัด ในการนี้คณะกรรมการกลางอิสลามแห่งประเทศไทยจะมอบหมายให้คณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดที่ใกล้เคียงปฏิบัติหน้าที่แทนก็ได้

(7) พิจารณาวินิจฉัยคำร้องคัดค้านตามมาตรา 41

(8) จัดทำทะเบียนทรัพย์สิน เอกสารและบัญชีรายรับรายจ่ายของสำนักงานคณะกรรมการกลางอิสลามแห่งประเทศไทยให้ถูกต้องตามความเป็นจริง

(9) ออกประกาศและให้คำรับรองเกี่ยวกับกิจการศาสนาอิสลาม

(10) ส่งเสริมสนับสนุนการจัดกิจกรรมทางศาสนา และการศึกษา ศาสนาอิสลาม

(11) ประสานงานกับหน่วยราชการที่เกี่ยวข้องในกิจการที่เกี่ยวกับ ศาสนาอิสลาม

(12) ปฏิบัติหน้าที่อื่นตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัตินี้”

ดังนั้นเมื่อพิจารณาจาก มาตรา 18(6) ที่บัญญัติว่า “ปฏิบัติหน้าที่เป็นคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดในจังหวัดที่ไม่มีคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัด ในการนี้คณะกรรมการกลางอิสลามแห่งประเทศไทยจะมอบหมายให้คณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดที่ใกล้เคียงปฏิบัติหน้าที่แทนก็ได้ ” คณะกรรมการกลางอิสลามแห่งประเทศไทยอาจเกี่ยวข้องกับการใช้กฎหมายครอบครัวและมรดกอิสลาม ในการทำหน้าที่ประนีประนอมข้อพิพาทเกี่ยวกับเรื่องครอบครัวและมรดกตามบัญญัติแห่งศาสนาอิสลามเมื่อได้รับการร้องขอตาม มาตรา 26(11) แห่งพระราชบัญญัติการบริหารองค์กรศาสนาอิสลาม พ.ศ. 2540

นอกจากนั้น หน้าที่โดยทางศาสนาในฐานะองค์กรกลางทางศาสนาที่ได้รับความไว้วางใจจากประชาชนมุสลิมทั่วประเทศ คณะกรรมการกลางอิสลามแห่งประเทศไทย ย่อมมีหน้าที่ที่จะต้องส่งเสริมและสนับสนุนการบังคับใช้กฎหมายอิสลามให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

คณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัด ตามพระราชบัญญัติการบริหารองค์กรศาสนาอิสลาม พ.ศ. 2540 มาตรา 26 ที่บัญญัติว่า

มาตรา 26 ในจังหวัดที่มีคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัด ให้คณะกรรมการมีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้

(1) ให้คำปรึกษาและเสนอความเห็นเกี่ยวกับศาสนาอิสลามต่อผู้ว่าราชการจังหวัด

(2) กำกับดูแลและตรวจตราการปฏิบัติงานของคณะกรรมการอิสลามประจำมัสยิดในจังหวัดและจังหวัดอื่นตามที่คณะกรรมการกลางอิสลามแห่งประเทศไทย มอบหมาย

(3) ประนีประนอมหรือชี้ขาดคำร้องทุกข์ของสัปปุรุษประจำมัสยิดซึ่งเห็นว่าไม่ได้รับความเป็นธรรมจากคณะกรรมการอิสลามประจำมัสยิด

(4) กำกับดูแลการคัดเลือกกรรมการอิสลามประจำมัสยิดให้เป็นไป โดยเรียบร้อย

(5) พิจารณาแต่งตั้งและถอดถอนกรรมการอิสลามประจำมัสยิด

(6) สอบสวนพิจารณาให้กรรมการอิสลามประจำมัสยิดพ้นจากตำแหน่งตามมาตรา 40 (4)

(7) สั่งให้กรรมการอิสลามประจำมัสยิดพักหน้าที่ระหว่างถูกสอบสวน

(8) พิจารณาเกี่ยวกับการจัดตั้ง การย้าย การรวม และการเลิก มัสยิด

(9) แต่งตั้งผู้รักษาการแทนในตำแหน่ง อิหม่าม คอเต็บ และบิหลั่นเมื่อตำแหน่งดังกล่าวว่างลง

(10) ออกหนังสือรับรองการสมรสและการหย่าตามบัญญัติแห่ง ศาสนาอิสลาม

(11) ประนีประนอมข้อพิพาทเกี่ยวกับเรื่องครอบครัวและมรดกตามบัญญัติแห่งศาสนาอิสลามเมื่อได้รับการร้องขอ

(12) จัดทำทะเบียนทรัพย์สินเอกสารและบัญชีรายรับ รายจ่าย ของสำนักงานคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดให้ถูกต้องครบถ้วนเป็นปัจจุบันและรายงานผลการดำเนินงาน ฐานะการเงินและทรัพย์สินให้คณะกรรมการกลางอิสลามแห่งประเทศไทยทราบปีละหนึ่งครั้งภายในเดือนมีนาคมของทุกปี

(13) ออกประกาศและให้คำรับรองเกี่ยวกับกิจการศาสนาอิสลาม ในจังหวัด

ดังนั้น เมื่อพิจารณาจาก อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัด มาตรา 26(10) ที่บัญญัติว่า“ออกหนังสือรับรองการสมรสและการหย่าตามบัญญัติแห่ง ศาสนาอิสลามและ (11) ที่บัญญัติว่า “ประนีประนอมข้อพิพาทเกี่ยวกับเรื่องครอบครัวและมรดกตามบัญญัติแห่งศาสนาอิสลามเมื่อได้รับการร้องขอ” จะเห็นว่าคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัด มีความเกี่ยวข้องกับการใช้กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก ในการทำหน้าที่เป็นนายทะเบียนออกหนังสือรับรองการสมรสและการหย่า และประนีประนอมข้อพิพาทเกี่ยวกับเรื่องครอบครัวและมรดกตามบัญญัติแห่งศาสนาอิสลามเมื่อได้รับการร้องขอ ซึ่งภารกิจทั้งสองข้อนี้มีความสำคัญอย่างยิ่งเพราะมีความเกี่ยวข้องกับการใช้กฎหมายอิสลามในศาลชั้นต้น ในจังหวัดปัตตานี ยะลา นราธิวาสและสตูล ในฐานะนายทะเบียนทำหน้าที่จดทะเบียนสมรสและทะเบียนหย่า และส่งผลต่อประสิทธิภาพและปัญหาเกี่ยวกับการใช้กฎหมายอิสลามในจังหวัดปัตตานี ยะลา

นราธิวาสและสตูล เช่น ปัญหาเกี่ยวกับการแบ่งสินสมรส หรือสิทธิต่างๆ หลังการหย่า ทั้งค่ามุตอะฮฺ ค่าอุปการะเลี้ยงดู และอื่นๆ

นอกจากนั้น หน้าที่โดยทางศาสนาในฐานะผู้นำทางศาสนาที่ได้รับความไว้วางใจจากประชาชนมุสลิมทั่วไปทั้งจังหวัด คณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัด ย่อมมีหน้าที่ที่จะต้องส่งเสริมและสนับสนุนการบังคับใช้กฎหมายอิสลาม การให้ความรู้เกี่ยวกับกฎหมายอิสลาม สอดส่องดูแลให้มุสลิมในจังหวัดยึดถือปฏิบัติตามหลักกฎหมายอิสลามโดยเคร่งครัด เป็นต้น

คณะกรรมการอิสลามประจำมัสยิด พระราชบัญญัติการบริหารองค์กรศาสนาอิสลาม พ.ศ. 2540 มาตรา 35 บัญญัติว่า

มาตรา 35 คณะกรรมการอิสลามประจำมัสยิดมีอำนาจหน้าที่ ดังต่อไปนี้

(1) บำรุงรักษามัสยิดและทรัพย์สินของมัสยิดให้เรียบร้อย

(2) วางระเบียบปฏิบัติภายในของมัสยิดเพื่อให้การดำเนินงานของมัสยิดเป็นไปด้วยความเรียบร้อย

(3) ปฏิบัติตามคำแนะนำชี้แจงของคณะกรรมการกลางอิสลามแห่ง ประเทศไทยและคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดในเมื่อไม่ขัดต่อบัญญัติแห่ง ศาสนาอิสลามและกฎหมาย

(4) สนับสนุนสัปปุรุษในการปฏิบัติศาสนกิจ ส่งเสริมให้เกิดความสามัคคีและช่วยเหลือซึ่งกันและกันในทางที่ชอบตามบัญญัติแห่งศาสนาอิสลาม

(5) พิจารณามีมติรับมุสลิมเข้าเป็นสัปปุรุษประจำมัสยิด

(6) อำนวยความสะดวกและอบรมสั่งสอนให้สัปปุรุษประจำมัสยิดปฏิบัติศาสนกิจโดยถูกต้องเคร่งครัด

(7) ประนีประนอมข้อพิพาทระหว่างสัปปุรุษประจำมัสยิดเมื่อได้รับการร้องขอ

(8) จัดให้มีและรักษาสมุดทะเบียนสัปปุรุษประจำมัสยิด และตรวจตราแก้ไขเพิ่มเติมสมุดทะเบียนดังกล่าวให้ถูกต้องตรงตามความเป็นจริง

(9) จำหน่ายชื่อสัปปุรุษประจำมัสยิดออกจากทะเบียน เมื่อได้สอบสวนแล้วปรากฏว่าผู้นั้นกระทำการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติให้ถูกต้องตามบัญญัติแห่งศาสนาอิสลาม

(10) จัดให้มีทะเบียนทรัพย์สิน เอกสาร และบัญชีรายรับรายจ่ายของมัสยิดให้ถูกต้องตรงความเป็นจริง และจัดทำรายงานผลการดำเนินงาน ฐานะ การเงินและทรัพย์สินของมัสยิด แล้วรายงานให้คณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดทราบภายในเดือนมีนาคมของทุกปี

(11) ดูดวงจันทร์และแจ้งผลการดูดวงจันทร์ต่อคณะกรรมการอิสลาม ประจำจังหวัด

(12) ส่งเสริมการศึกษาและจัดกิจกรรมที่ไม่ขัดต่อบัญญัติแห่งศาสนาอิสลาม

ดังนั้นเมื่อพิจารณาจาก มาตรา 35(11) ที่บัญญัติว่า “(7) ประนีประนอมข้อพิพาทระหว่างสัปปุรุษประจำมัสยิดเมื่อได้รับการร้องขอ” คณะกรรมการอิสลามประจำมัสยิดเกี่ยวข้องกับการใช้กฎหมายครอบครัวและมรดกอิสลาม ในการทำหน้าที่ประนีประนอมข้อพิพาทเกี่ยวกับเรื่องครอบครัวและมรดกตามบัญญัติแห่งศาสนาอิสลามเมื่อได้รับการร้องขอ

อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาจาก อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการอิสลามประจำมัสยิด มาตรา 35 (3) ที่บัญญัติว่า “ปฏิบัติตามคำแนะนำชี้แจงของคณะกรรมการกลางอิสลามแห่ง ประเทศไทยและคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดในเมื่อไม่ขัดต่อบัญญัติแห่ง ศาสนาอิสลามและกฎหมาย” และมาตรา (4) ที่บัญญัติว่า “สนับสนุนสัปปุรุษในการปฏิบัติศาสนกิจ ส่งเสริมให้เกิดความสามัคคีและช่วยเหลือซึ่งกันและกันในทางที่ชอบตามบัญญัติแห่งศาสนาอิสลาม” ในทางปฏิบัติจะเห็นว่าคณะกรรมการอิสลามประจำมัสยิด มีความเกี่ยวข้องกับการใช้กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก ในการทำหน้าที่เป็นนายทะเบียนออกหนังสือรับรองการสมรสและการหย่า ด้วยเช่นกัน ซึ่งภารกิจทั้งสองข้อนี้ในจังหวัดปัตตานี ยะลา นราธิวาสและสตูล มีความสำคัญอย่างยิ่งเพราะมีความเกี่ยวข้องกับการใช้กฎหมายอิสลามในศาลชั้นต้น ในจังหวัดปัตตานี ยะลา นราธิวาสและสตูล ในฐานะนายทะเบียนทำหน้าที่จดทะเบียนสมรสและทะเบียนหย่า และส่งผลต่อประสิทธิภาพและปัญหาเกี่ยวกับการใช้กฎหมายอิสลามในจังหวัดปัตตานี ยะลา นราธิวาสและสตูล เช่น ปัญหาเกี่ยวกับการแบ่งสินสมรส หรือสิทธิต่างๆ หลังการหย่า ทั้งค่ามุตอะฮฺ ค่าอุปการะเลี้ยงดู และอื่นๆ

ในขณะเดียวกัน หน้าที่โดยทางศาสนาในฐานะผู้นำทางศาสนาในหมู่บ้านหรือชุมชนได้รับความไว้วางใจจากทุกคนในชุมชน คณะกรรมการอิสลามประจำมัสยิดย่อมมีหน้าที่ที่จะต้องส่งเสริมและสนับสนุนการบังคับใช้กฎหมายอิสลามการให้ความรู้เกี่ยวกับกฎหมายอิสลาม สอดส่องดูแลให้มุสลิมในจังหวัดยึดถือปฏิบัติตามหลักกฎหมายอิสลามโดยเคร่งครัด รวมทั้งจะต้องประสานความร่วมมือกับคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัด คณะกรรมการกลางอิสลามแห่งประเทศไทย และจุฬาราชมนตรีในการบริหารและพัฒนาการใช้กฎหมายอิสลามให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

สถาบันการศึกษาอิสลาม เช่น โรงเรียนเอกชนสอนศาสนาอิสลาม สถาบันการศึกษาปอเนาะ และสถาบันอุดมศึกษาต่าง ๆ ที่เปิดสอนหลักสูตรกฎหมายอิสลาม หลักสูตรอิสลามศึกษาหรือหลักสูตรอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง ไม่มีหน้าที่โดยตรงตามกฎหมาย แต่มีหน้าที่ทางวิชาการที่จะต้องให้ความรู้เกี่ยวกับกฎหมายอิสลาม จัดอบรม สัมมนา วิเคราะห์ วิจัยเกี่ยวกับการใช้กฎหมายอิสลามเปรียบเทียบการใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทยกับต่างประเทศ สังเคราะห์เปรียบเทียบระหว่างหลักกฎหมายอิสลามกับกฎหมายไทย เพื่อพัฒนาองค์ความรู้ที่ถูกต้องและเหมาะสมกับบริบทของสังคมไทย และเสนอต่อสังคมและองค์กรที่เกี่ยวข้อง เช่น คณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัด

คณะกรรมการกลางอิสลามแห่งประเทศไทย และจุฬาราชมนตรี เพื่อร่วมกันพัฒนาองค์ความรู้เกี่ยวกับหลักกฎหมายอิสลามในประเด็นต่าง ๆ โดยมีสถาบันการศึกษาอิสลามเป็นแกนกลางก่อนที่จะเสนอต่อประธานศาลฎีกา หรือรัฐสภาเพื่อตราเป็นข้อบังคับหรือบัญญัติเป็นกฎหมาย เพราะโดยหลักแล้วการกำหนดบทบัญญัติทางกฎหมายอิสลามจะต้องผ่านการกลั่นกรอง การคิดวิเคราะห์ของนักปราชญ์ในระดับมุจตะฮิด เมื่อสังคมไทยไม่มีนักปราชญ์ในระดับดังกล่าว ก็สมควรอย่างยิ่งที่สถาบันการศึกษาอิสลามจะได้แบกรับภาระหน้าที่นี้ ในฐานะที่สถาบันการศึกษาเป็นศูนย์รวมทางวิชาการและบรรดานักวิชาการที่อยู่ในแวดวงการศึกษาที่หลากหลายสาขาวิชารวมทั้งกฎหมายอิสลาม

4.5.9 สภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา และองค์กรการปกครองส่วนท้องถิ่น

สภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา และองค์กรการปกครองส่วนท้องถิ่น เป็นองค์กรทางการเมืองที่มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาอนุมัติกฎหมาย ข้อบังคับ และข้อบัญญัติต่าง ๆ โดยในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการบริหารและพัฒนาการใช้กฎหมายอิสลามนั้นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาสามารถเสนอญัตติขอปรับปรุงแก้ไขหรือเสนอร่างกฎหมายใหม่แทนฉบับเดิม ดังเช่นการเสนอร่างพระราชบัญญัติการใช้กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัว มรดก และการพิจารณาคดีที่เสนอเข้าสู่การพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎร 3 ร่าง เพื่อปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล ดังกล่าวมาข้างต้น เป็นร่างกฎหมายที่เสนอโดยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ทั้งนี้ โดยการผ่านการพิจารณากลั่นกรองจากฝ่ายนักวิชาการ ผู้รู้ และผู้นำทางศาสนาอย่างรอบคอบและรอบด้านแล้ว เพื่อดำเนินการให้ร่างกฎหมายที่เสนอได้รับการเห็นชอบและประกาศใช้เป็นกฎหมายตามขั้นตอนต่อไป หลังจากนั้นเมื่อกฎหมายผ่านการอนุมัติของสภาแล้วในการนำกฎหมายไปปรับใช้นอกจากผู้พิพากษาหรือดะโต๊ะยุติธรรมเป็นผู้ปรับใช้แก่คดีต่าง ๆ ที่ถูกนำขึ้นสู่ศาลแล้ว องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นย่อมมีบทบาทสำคัญในการประชาสัมพันธ์ กระตุ้นเตือน และกำกับติดตามให้มีการปฏิบัติตามกฎหมายอิสลามควบคู่เคียงบ่าเคียงไหล่ไปกับคณะกรรมอิสลามประจำจังหวัด และคณะกรรมการอิสลามประจำมัสยิด

ดังกล่าวมานั้น จะเห็นได้ว่าองค์กรต่าง ๆ ตามโครงการทางสังคมของไทย ทั้งในส่วนของภาครัฐโดยมีประธานศาลฎีกา คณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม (ก.ต.) คณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรม (ก.บ.ศ.)คณะกรรมการข้าราชการศาลยุติธรรม (ก.ศ.) สำนักงานศาลยุติธรรม องค์กรศาลที่เกี่ยวข้องกับการใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย ดะโต๊ะยุติธรรม ศูนย์อำนวยการบริหารจังหวัดชายแดนภาคใต้ (ศอ.บต.) สภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา และองค์การบริหารส่วนท้องถิ่นต่าง ๆ และทั้งในส่วนของภาคประชาคมมุสลิมซึ่งมีจุฬาราชมนตรี คณะกรรมการกลางอิสลามแห่งประเทศไทย คณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัด คณะกรรมการอิสลามประจำมัสยิด สถาบันการศึกษาอิสลาม สมาคมและองค์กรเอกชนมุสลิมต่าง ๆ เป็นองค์กรตามโครงสร้างทาง

สังคมที่สามารถรองรับการบริหารและพัฒนาการใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทยอย่างเป็นระบบ เพียงแต่ยังขาดการกำหนดอำนาจหน้าที่ที่ชัดเจนให้แต่ละหน่วยงานรับผิดชอบ ประกอบกับไม่มีหน่วยงานที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการบังคับใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย เช่น สำนักงานทะเบียน ที่ผ่านมาภาระการบริหารและพัฒนาการปรับใช้กฎหมายอิสลาม จึงตกอยู่กับบางองค์กรและมีการเร่งรัดจริงจังเฉพาะในบางช่วงบางเวลา ในขณะที่อีกหลายองค์กรยังขาดการมีส่วนร่วมหรือเป็นเครือข่าย ส่งผลให้การใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทยตั้งแต่ในอดีตตราบจนปัจจุบันไม่ได้รับการพัฒนาตามสมควร ทั้งที่กฎหมายอิสลาม คือ วิถีชีวิตของประชาชนมุสลิมและมีการบังคับใช้มาเป็นระยะเวลาอันยาวนาน

บทที่ 5

แนวทางการพัฒนาการปรับใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย

เนื้อหาในบทนี้เป็นการนำเสนอผลการวิเคราะห์ข้อมูลจากแบบสอบถาม การสัมภาษณ์ผู้ทรงคุณวุฒิ และการประชุมสัมมนาวิพากษ์แนวทางการใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย ซึ่งได้มีการจัดประชุม 3 ครั้ง ครั้งแรก จัดขึ้นในวันจันทร์ ที่ 13 ธันวาคม 2553 ณ โรงแรมไดอิชิอำเภอหาดใหญ่ จังหวัดสงขลา ครั้งที่สอง จัดขึ้นในวันพฤหัสบดีที่ 27 มกราคม 2554 ณ ห้องประชุม บ.ย.ส. ชั้น 8สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม และครั้งที่สามจัดขึ้นในวันพุธที่ 7 กันยายน 2554 ณ มูลนิธิเพื่อศูนย์กลางอิสลามแห่งประเทศไทย กรุงเทพมหานครผลการวิเคราะห์ข้อมูลแบ่งออกเป็น 4 ตอนได้แก่

ตอนที่ 1 สถานภาพของผู้ตอบแบบสอบถาม

ตอนที่ 2 สภาพปัญหาการใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย

ตอนที่ 3 แนวทางการปรับปรุงและการพัฒนาการใช้กฎหมายอิสลามว่าด้วย เรื่อง ครอบ-ครัวและมรดก

ตอนที่4 รูปแบบองค์กรศาลที่เหมาะสม

รายละเอียดผลการวิเคราะห์ข้อมูลในแต่ละตอน มีดังนี้

5.1 สถานภาพของผู้ตอบแบบสอบถาม

ผลการวิเคราะห์ข้อมูลสถานภาพพื้นฐานของผู้ตอบแบบสอบถามเกี่ยวกับเพศ ช่วงอายุ ระดับการศึกษาสามัญ ระดับการศึกษาศาสนา ภูมิลำเนา และตำแหน่งหน้าที่มีรายละเอียดดังตารางที่ 1

ตารางที่ 1 ร้อยละและจำนวนของผู้ตอบแบบสอบถาม จำแนกตาม เพศ ช่วงอายุ ระดับการศึกษาสามัญ ระดับการศึกษาศาสนา ภูมิลำเนา และสถานภาพ

สถานภาพ	จำนวน	ร้อยละ
1. เพศ		
1. ชาย	80	96.4
2. หญิง	3	3.6

สถานภาพ	จำนวน	ร้อยละ
2. ช่วงอายุ	**จำนวน**	**ร้อยละ**
1. 30-40ปี	14	16.9
2. 41-50ปี	29	34.9
3. 51-60ปี	26	31.3
4. 61ปีขึ้นไป	14	16.9
3. ระดับการศึกษาสามัญ	**จำนวน**	**ร้อยละ**
1. ต่ำกว่าปริญญาตรี	20	24.1
2. ปริญญาตรี	26	31.3
3. ปริญญาโท	25	30.1
4. ปริญญาเอก	8	9.6
5. อื่นๆ โปรดระบุ ประถมศึกษาปีที่ 4 และเทียบเท่าปริญญาตรี	4	4.8
4.ระดับการศึกษาศาสนา	**จำนวน**	**ร้อยละ**
1. ปอเนาะ	13	15.7
2. ซานาวีย์	15	18.1
3. ปริญญาตรี	17	20.5
4. ปริญญาโท	10	12.0
5. ปริญญาเอก	7	8.4
6. อื่นๆ โปรดระบุ ศึกษาด้วยตนเอง ประกาศนียบัตรบัณฑิตศึกษาด้วยตนเองควบคู่กับการศึกษาสามัญ เรียนรู้ด้วยตนเองฟัรฎูอีน– (ความรู้ภาคบังคับ)	11	13.3
ไม่ตอบ	10	12.0
5.ภูมิลำเนา	**จำนวน**	**ร้อยละ**
1. กระบี่	1	1.2
2. นรา	3	3.6
3. ปัตตานี	16	19.3
4. ชุมพร	1	1.2
5. นครสวรรค์	1	1.2
6. พังงา	1	1.2
7. ระนอง	1	1.2

สถานภาพ	จำนวน	ร้อยละ
8. สงขลา	9	10.8
9. กรุงเทพมหานคร	21	25.3
10. สตูล	2	2.4
11. ตราด	2	2.4
12. ยะลา	3	3.6
13. ภูเก็ต	2	2.4
14. อยุธยา	4	4.8
15. ตาก	1	1.2
16. ฉะเชิงเทรา	1	1.2
17. อุดรธานี	1	1.2
18. สระบุรี	1	1.2
19. นครราชศรีธรรมราช	1	1.2
20. เพชรบุรี	1	1
21. ราชบุรี	1	1.2
22. พัทลุง	1	1.2
23. ระยอง	1	1.2
24. ประจวบคีรีขันธ์	1	1.2
25. ชัยภูมิ	1	1.2
26. กาญจนบุรี	1	1.2
27. อ่างทอง	1	1.2
28. นครนายก	1	1.2
29. ปทุมธานี	1	1.2
ไม่ตอบ	1	1.2
6. ตำแหน่ง/หน้าที่	**จำนวน**	**ร้อยละ**
1. ผู้ทรงคุณวุฒิจุฬาราชมนตรี	3	3
2. กรรมการกลางอิสลามแห่งประเทศไทย	7	8.4
3. ประธานคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัด	10	12.0
4. กรรมการอิสลามประจำจังหวัด	13	15.7
5. ผู้พิพากษา	7	8.4
6. ดะโต๊ะยุติธรรม	3	3.6

สถานภาพ	จำนวน	ร้อยละ
7. นักวิชาการ	22	26.5
8. อื่นๆ ระบุ ทนายความ ข้าราชการ เจ้าหน้าที่โครงการ ครูคอเต็บ NGOประธานมูลนิธิเพื่อการแพทย์ ที่ปรึกษาคณะทำงานจุฬาราชมนตรีทนายความ อดีตนักการเมือง	17	20.5
9.ไม่ตอบ	1	1.2

จากการวิเคราะห์ข้อมูลทั่วไปของผู้ตอบแบบสอบถาม พบว่า ผู้ตอบแบบสอบถามส่วนใหญ่เป็นเพศชาย คิดเป็นร้อยละ 96.4ส่วนใหญ่อยู่ในช่วงอายุ 41-50 ปี คิดเป็นร้อยละ34.9 การศึกษาสูงสุดด้านสามัญส่วนใหญ่จบระดับ ปริญญาตรี คิดเป็นร้อยละ 31.3 และระดับปริญญาโทตรี ร้อยละ 30.1ส่วนการศึกษาด้านศาสนาส่วนใหญ่จบระดับ ปริญญาตรี คิดเป็นร้อยละ 20.5 และและผู้ตอบแบบสอบถามส่วนใหญ่มีภูมิลำเนาอยู่จังหวัดกรุงเทพมหานคร ร้อยละ 25.3

5.2 สภาพปัญหาการใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย

ผลการวิเคราะห์ข้อมูลเกี่ยวกับสภาพและปัญหาการใช้กฎหมายว่าด้วยครอบครัวและมรดกในปัจจุบัน มีรายละเอียดดังตารางที่ 2

ตารางที่ 2 ข้อมูลสภาพและปัญหาการใช้กฎหมายว่าด้วยครอบครัวและมรดกในปัจจุบัน

ข้อความ		เป็นปัญหาระดับ*							
		1	**2**	**3**	**4**	**5**	**6**	**7**	**8**
ด้านสารบัญญัติ	n=71	3	4	10	20	30	3	1	0
(1) หลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกไม่มีสถานะเป็นกฎหมาย แต่เป็นเพียงคู่มือที่ใช้ในการวินิจฉัยคดีของดะโต๊ะยุติธรรม	%	3.6	4.8	12.0	24.1	36.1	3.6	1.2	0
(2) หลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกที่ใช้เป็นคู่มือในการวินิจฉัยของดะโต๊ะยุติธรรม ไม่ครอบคลุมในเรื่องต่อไปนี้	n =64	12	2	14	11	15	4	5	1
2.1 การหมั้น	%	14.5	2.4	16.9	13.3	18.1	4.8	6.0	1.2
2.2 การจ่ายค่าอุปการะเลี้ยงดูหลังการสมรส	n =64	4	4	13	16	18	3	2	2
	%	4.8	4.8	15.7	19.3	21.7	3.6	2.4	2.4
2.3 การจ่ายค่าอุปการะเลี้ยงดูหลังการหย่า	n =63	3	4	13	18	20	0	4	1
	%	3.6	4.8	15.7	21.7	24.1	0	4.8	1.2
2.4 ระเบียบ/ขั้นตอนการหย่า	n =67	5	4	10	20	21	3	3	1
	%	6.0	4.8	12.0	24.1	25.3	3.6	3.6	1.2

* 1หมายถึง ระดับปัญหาน้อยที่สุด 2หมายถึง ระดับปัญหาน้อย3หมายถึง ระดับปัญหาปานกลาง 4หมายถึง ระดับปัญหามาก 5หมายถึง ระดับปัญหามากที่สุด 6 หมายถึง ไม่เป็นปัญหา7 หมายถึง ไม่แน่ใจ 8 หมายถึง ไม่ทราบ

ข้อความ		เป็นปัญหาระดับ*							
		1	2	3	4	5	6	7	8
2.5 สินสมรส	n =64	8	6	13	17	13	3	3	1
	%	9.6	7.2	15.7	20.5	15.7	3.6	3.6	1.2
2.6 การอุปการะเลี้ยงดูของบรรดาเครือญาติ	n =64	5	11	12	19	12	1	3	1
	%	6.0	13.3	14.5	22.9	14.5	1.2	3.6	1.2
2.7 การนะซัร	n =65	9	7	15	17	11	3	2	1
	%	10.8	8.4	18.1	20.5	13.3	3.6	2.4	1.2
2.8 การวะศียะฮฺ วาญิบะฮฺ (พินัยกรรมบังคับ)	n =64	6	5	11	19	18	1	3	1
	%	7.2	6.0	13.3	22.9	21.7	1.2	3.6	1.2
2.9 การให้ที่เกี่ยวข้องกับมรดก	n =65	2	5	10	22	21	2	2	1
	%	2.4	6.0	12.0	26.5	25.3	2.4	2.4	1.2
2.10 การวักฟฺ การบริจาคเพื่อสาธารณกุศลมีผลบังคับหลังจากตาย (วักฟฺ)	n =63	6	2	7	19	22	4	2	1
	%	7.2	2.4	8.4	22.9	26.5	4.8	2.4	1.2
(3) หลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกที่ใช้เป็นคู่มือ	n =62	8	3	9	14	18	4	5	1
ในการวินิจฉัยของดะโต๊ะยุติธรรม ยึดถือตามมัซฮับชาฟิอีย์เพียงมัซฮับเดียว	%	9.6	3.6	10.8	16.9	21.7	4.8	6.0	8

ข้อความ			เป็นปัญหาระดับ*							
			1	2	3	4	5	6	7	8
(4) วิธีสบัญญัติ		n =78	5	4	10	23	31	3	2	0
4.1	การใช้กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก โดยไม่มีการใช้กฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความอิสลามควบคู่ไปด้วย	%	6.0	4.8	12.0	27.7	37.3	3.6	2.4	0
4.2	การใช้กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก แทนบรรพ 5 และ 6 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ทำให้ไม่สามารถใช้กฎหมายอิสลามในเรื่องอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องได้ เช่น การให้ เป็นต้น	n =72	5	6	13	14	28	2	2	2
		%	6.0	7.2	15.7	16.9	33.7	2.4	2.4	2.4
4.3	การใช้กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ในเรื่องที่ไม่สอดคล้องกับหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอิสลาม เช่น เรื่องพยาน การพิพากษาคดีตามคำสาบาน	n =75	4	7	12	15	34	2	1	0
		%	4.8	8.4	14.5	18.1	41.0	2.4	1.2	0
4.4	การใช้กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกจะมีผลบังคับทางกฎหมายต่อเมื่อมีการร้องขอให้ศาลมีคำสั่ง และศาลได้มีคำสั่งแล้วเท่านั้น	n =73	7	10	8	17	23	5	3	0
		%	8.4	12.0	9.6	20.5	27.7	6.0	3.6	0
4.5	ดะโต๊ะยุติธรรมมีอำนาจวินิจฉัยข้อกฎหมายแต่ไม่มีอำนาจในการพิพากษา และวินิจฉัยข้อเท็จจริงในคดี	n =77	5	4	7	16	40	3	2	0
		%	6.0	4.8	8.4	19.3	48.2	3.6	2.4	0
4.6	คำวินิจฉัยของดะโต๊ะยุติธรรมถือเป็นที่สุด มิให้ทำการอุทธรณ์หรือฎีกา	n =71	7	6	11	14	25	4	3	1
		%	8.4	7.2	13.3	16.9	30.1	4.8	3.6	1.2

ข้อความ			เป็นปัญหาระดับ*							
			1	2	3	4	5	6	7	8
4.7	การใช้กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกถูกจำกัดขอบเขต	n =76	2	3	9	11	49	2	0	0
	เฉพาะใน 4 จังหวัดชายแดนภาคใต้ ไม่ครอบคลุมมุสลิมทั่วประเทศ	%	2.4	3.6	10.8	13.3	59.0	2.4	0	0
4.8	การไม่มีศาลเฉพาะที่สอดคล้องกับหลักกฎหมายอิสลามดำเนินกระบวน	n =78	7	0	10	16	43	2	0	0
	พิจารณาพิพากษาคดีครอบครัวและมรดกของมุสลิม	%	8.4	0	12.0	19.3	51.8	2.4	0	0
4.9	การย้ายภูมิลำเนา หรือมีการเปลี่ยนศาสนาเพื่อหลีกเลี่ยงการใช้กฎหมายอิสลาม	n =78	11	6	12	13	32	1	2	1
		%	13.3	7.2	14.5	15.7	38.6	1.2	2.4	1.2

จากตารางที่ 2 พบว่า ข้อคำถามเกี่ยวกับสภาพและปัญหาการใช้กฎหมายว่าด้วยครอบครัวและมรดกในปัจจุบัน ส่วนใหญ่มีระดับปัญหาในระดับมากที่สุด ยกเว้น 3 เรื่องที่มีปัญหาระดับมาก ได้แก่ หลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกที่ใช้เป็นคู่มือในการวินิจฉัยของดะโต๊ะยุติธรรม ไม่ครอบคลุมในเรื่อง สินสมรส การอุปการะเลี้ยงดูของบรรดาเครือญาติ การนะซัร การวะศียะฮฺวาญิบะฮฺ (พินัยกรรมตามกฎหมาย) และการให้ที่เกี่ยวข้องกับมรดก โดยมีรายละเอียดประกอบด้วยข้อมูลการสัมภาษณ์และการประชุมสัมมนาสนับสนุน ดังนี้

1. หลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกไม่มีสถานะเป็นกฎหมาย แต่เป็นเพียงคู่มือที่ใช้ในการวินิจฉัยคดีของดะโต๊ะยุติธรรม เป็นปัญหาในระดับมากที่สุด สอดคล้องกับข้อมูลการสัมภาษณ์และการประชุมสัมมนา โดยในการสัมภาษณ์และการสัมมนามีเหตุผลเพิ่มเติมว่าเนื่องจากทำให้ไม่มีผลบังคับให้ต้องถือปฏิบัติเป็นมาตรฐานเดียวกันแก่ทั้งฝ่ายโจทก์ จำเลย และดะโต๊ะยุติธรรม การพิจารณาพิพากษาคดีของดะโต๊ะยุติธรรมตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ. ๒๔๘๙ ดำเนินไปโดยปราศจากบรรทัดฐานทางกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร หากเป็นไปตามความรู้และประสบการณ์ส่วนตัวของดะโต๊ะยุติธรรมภายใต้หลักกฎหมายที่มีสถานะเป็นเพียงคู่มือทนายความแม้ว่าจะเป็นทนายความมุสลิมประสบปัญหาในการดำเนินคดี เพราะหลักกฎหมายอิสลามบางเรื่องมีรายละเอียดที่ยืดหยุ่นกว้างขวาง แตกต่างกันในแต่ละมัซฮับ การจะเลือกมัซฮับหรือทัศนะใดขึ้นอยู่กับการวินิจฉัยของดะโต๊ะยุติธรรมทำให้ทนายความ ตลอดจนผู้พิพากษา หรืออัยการที่เกี่ยวข้องกับคดีก็ไม่สามารถให้ความเห็น ทักท้วงหรือชี้แนะใด ๆ ได้ ทั้งเป็นการสร้างความยากลำบากในการต่อสู้คดีของคู่ความและไม่มีผลผูกพันหน่วยงานต่าง ๆ ของรัฐนอกจากจะต้องมีพิพากษาหรือคำสั่งจากศาล

> “การที่หลักกฎหมายอิสลามไม่มีสถานะเป็นกฎหมายทำให้ขาดบรรทัดฐานในการพิจารณาคดี”

> “เนื่องจากยังไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือประมวลกฎหมายครอบครัวและมรดกอิสลาม แนวทางการพิจารณาของดะโต๊ะยุติธรรมดำเนินไปบนพื้นฐานของความรู้ความสามารถและความเชี่ยวชาญส่วนตัวของแต่ละท่าน โดยมีหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกเป็นแนวทางหรือคู่มือในการพิจารณาคดี ประกอบด้วยข้อวิเคราะห์วินิจฉัยหรือคำฟัตวาจากหนังสือหรือตำราต่างๆ ทางนิติศาสตร์อิสลามโดยเฉพาะอย่างยิ่งหนังสือหรือตำราในมัซฮับชาฟิอีย์ ทั้งนี้ เนื่องจากดะโต๊ะยุติธรรมส่วนใหญ่มิได้วิเคราะห์วินิจฉัยหรือ

> พิจารณาจากตัวบทอัลกุรอานและสุนนะฮฺโดยตรงในการพิจารณาและให้ความคิดเห็นเกี่ยวกับคดี”

> “ทำให้ทนายความแม้ว่าจะเป็นทนายมุสลิมก็ตาม ไม่มีหลักเกณฑ์ยึดถือ ผู้พิพากษา อัยการ ก็เช่นเดียวกัน ไม่สามารถที่จะทักท้วงหรือชี้แนะได้ ขึ้นกับดะโต๊ะยุติธรรมแต่ผู้เดียว”

> “ในกรณีการยื่นคำร้องขอรับรองบุตรนั้น เนื่องจากหน่วยงานของรัฐไม่ยอมให้มีการรับรองบุตรที่เกิดจากภรรยาคนที่สอง ดังนั้นการใช้กฎหมายอิสลามในกรณีนี้จึงไม่สิ้นกระบวนการ เพราะบุตรจากภรรยาคนที่สองต้องขอรับรองบุตร แต่ในปัจจุบันต้องฟ้องศาล ซึ่งศาลก็จะไม่รับรองบุตรให้เพราะถือว่าเป็นการสมรสที่ถูกต้องตามกฎหมายอิสลามแล้ว แต่จะให้เหตุผลไว้ในคำวินิจฉัยยกฟ้องว่า ถือว่าเป็นการสมรสที่ถูกต้องตามกฎหมายอิสลามแล้วจึงไม่ต้องรับรองบุตรอีก ซึ่งบุตรผู้ยื่นคำร้องขอรับรองบุตรก็นำคำวินิจฉัยยกฟ้องนี้ไปยื่นต่อผู้ที่เกี่ยวข้องต่อไป บ่งบอกว่าการใช้กฎหมายอิสลามมีปัญหา ไม่สิ้นสุดกระบวนการ ซึ่งไปที่ศาลต้องเสียเวลา และมีภาระจ้างทนายอีก หรืออาจถูกหลอกจากกระบวนการมิจฉาชีพก็ได้”

2. หลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกที่ใช้เป็นคู่มือในการวินิจฉัยของดะโต๊ะยุติธรรม ไม่ครอบคลุมในเรื่อง การหมั้น การจ่ายค่าอุปการะเลี้ยงดูหลังการสมรสการจ่ายค่าอุปการะเลี้ยงดูหลังการหย่า ระเบียบ/ขั้นตอนการหย่า เป็นปัญหาในระดับมากที่สุด คล้ายคลึงกับข้อมูลการสัมภาษณ์ผู้ทรงคุณวุฒิส่วนหนึ่งโดยมีเหตุผลว่า เนื่องจากทำให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติ ดังข้อสะท้อนของผู้ทรงคุณวุฒิในการสัมภาษณ์และการสัมมนาที่ว่า

> “สิ่งสำคัญ ก็คือว่า สิ่งที่นำมาใช้อ้างอิงของผู้ใช้กฎหมายของคนมุสลิมยังไม่มีการครอบคลุมในแต่ละเรื่อง เช่น การหมั้น ยังไม่มีการพูดถึงเรื่องรายละเอียดและวิธีการหมั้นเป็นขั้นตอน คือ ในอดีตคงจะมีแค่นั้น แต่ในปัจจุบันน่าจะมีรายละเอียดมากกว่านี้”

> “...ในเรื่องการจ่ายค่าอุปการะเลี้ยงดูและการแบ่งสินสมรสในกรณีที่มีการหย่านั้น ดะโต๊ะยุติธรรมเคยวินิจฉัยค่าอุปการะเลี้ยงดูเป็นไปตามกฎหมายอิสลาม แต่เนื่องจากระเบียบขั้นตอนว่าด้วยการหย่ามิได้ถูก

> กำหนดไว้อย่างชัดเจนในหลักกฎหมายอิสลามที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน แต่อยู่ที่การดำเนินการของอิหม่าม ซึ่งไม่มีรูปแบบที่เป็นมาตรฐาน เพราะขึ้นอยู่กับการวินิจฉัยของอิหม่าม ซึ่งอิหม่ามแต่ละคนมีความรู้ไม่เท่ากัน คนหนึ่งวินิจฉัยแตกต่างไปจากอีกคนหนึ่ง ซึ่งอิหม่ามมีอำนาจวินิจฉัยเรื่องการหย่าได้ตามลำพังคนเดียว ทำให้เกิดปัญหาเรื่องค่าอุปการะเลี้ยงดูและสินสมรสตามมา”

> “เพราะเรื่องครอบครัวและมรดกเป็นเรื่องของหลักศาสนาอิสลามที่มุสลิมต้องปฏิบัติให้ครบถ้วน รวมทั้งทนายมุสลิมก็ต้องแนะนำให้คู่ความมุสลิมใช้กฎหมายอิสลาม ดังนั้น กฎหมายว่าด้วยครอบครัวและมรดกที่จะจัดทำหรือปรับปรุงแก้ไขจะต้องจัดทำหรือปรับปรุงให้ครอบคลุมหลักศาสนบัญญัติว่าด้วยครอบครัวและมรดก”

ผู้ทรงคุณวุฒิบางท่านมีความเห็นแตกต่างออกไปโดยเห็นว่า การที่หลักกฎหมายอิสลามมีเนื้อหาไม่ครอบคลุมนั้น ไม่ได้ทำให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติแต่อย่างใด เพราะผู้ปฏิบัติหรือดะโต๊ะยุติธรรมยังสามารถใช้วิธีการอื่นๆ ได้ ดังข้อสะท้อนของผู้ทรงคุณวุฒิที่ว่า

> “หลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกแม้มีเนื้อหาไม่ครอบคลุม แต่ไม่ถือเป็นปัญหา เพราะกฎหมายอิสลามไม่มีสถานะเป็นกฎหมาย อีกทั้งการบังคับใช้กฎหมายอิสลามอยู่ในอำนาจของดะโต๊ะยุติธรรม เพียงแต่ดะโต๊ะยุติธรรมต้องศึกษาด้วยตนเองเพิ่มเติมจากตำรากฎหมายอิสลามซึ่งมีประเด็นปลีกย่อยที่หลากหลายและแตกต่าง และอาจส่งผลกระทบต่อระบบการพิจารณาคดีอยู่บ้าง ถ้าหากดะโต๊ะยุติธรรมใช้ดุลพินิจแตกต่างกัน...”

> “แท้จริงแล้วเป็นอำนาจของดะโต๊ะยุติธรรมที่จะบังคับใช้หลักกฎหมายว่าด้วยครอบครัวและมรดกในทุกเรื่อง ถึงแม้ว่าหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันมิได้บัญญัติในเรื่องบางอย่างที่เกี่ยวกับครอบครัวแต่ก็เป็นอำนาจของดะโต๊ะยุติธรรมที่จะบังคับทุกเรื่องที่เกี่ยวกับครอบครัวและมรดก เนื่องจากไม่มีกฎหมายฉบับใดที่บัญญัติให้ดะโต๊ะยุติธรรมบังคับใช้เฉพาะเรื่องที่ปรากฏในหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกเท่านั้น”

3. หลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกที่ใช้เป็นคู่มือในการวินิจฉัยของดะโต๊ะยุติธรรม ไม่ครอบคลุมในเรื่อง สินสมรส การอุปการะเลี้ยงดูของบรรดาเครือญาติ การนะซัร การวะศียะฮฺวาญิบะฮฺ (พินัยกรรมตามกฎหมาย) และการให้ที่เกี่ยวข้องกับมรดก เป็นปัญหาในระดับมาก สอดคล้องกับข้อมูลการสัมภาษณ์และการประชุมสัมมนา โดยมีเหตุผลเพิ่มเติมว่า เนื่องจากไม่สามารถบังคับให้เป็นไปตามกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกได้อย่างสมบูรณ์ อาจต้องปรับใช้ตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรืออาจมีปัญหาในการบังคับใช้กฎหมาย

> "ในกรณีการยกให้มัสยิดหรือการวะก็อฟให้มัสยิด ซึ่งศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่าเป็นการยกให้สาธารณะจึงไม่ต้องจดทะเบียน การเพิ่มประเด็นการวะก็อฟ ในสารบัญญัติอิสลามจึงมีข้อดีที่ทำให้เกิดความชัดเจนมากยิ่งขึ้นต้องกำหนดให้ชัดเจนในเรื่องเนื้อหา เพราะเมื่อมีบัญญัติไว้เป็นหลักกว้างๆ(ไม่ชัดเจน) อาจทำให้บางกรณียากต่อการวินิจฉัย"

> "หลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกที่ใช้อยู่ในปัจจุบันไม่ครอบคลุมหลักกฎหมายบางลักษณะที่เกี่ยวข้องโดยตรงหรืออ้อม ดังนั้นเพื่อความสมบูรณ์ในการบังคับใช้จึงสมควรเพิ่มเติมบทบัญญัติให้ครอบคลุมเนื้อหาอื่นๆ ที่มิใช่เป็นประเด็นของครอบครัวและมรดก แต่มีความเกี่ยวข้องกัน เช่น การให้ การวะก็อฟ เป็นต้น และนอกจากนี้สมควรเพิ่มบทบัญญัติอื่น ๆ นอกเหนือจากครอบครัวและมรดก เช่น การซื้อขาย การจำนำ การจำนอง เป็นต้น"

> "เนื่องจากเมื่อเจ้ามรดกตายทรัพย์ที่ให้หรือวะก็อฟไปแล้วตามหลักศาสนาอิสลามจะถือเป็นมรดกที่ต้องนำมาแบ่งให้กับทายาทหรือไม่ ถ้าพิจารณาตามหลักกฎหมายอิสลามทรัพย์ที่ให้นั้นโอนไปเป็นของผู้อื่นแล้วไม่ถือเป็นมรดก แต่ในประมวลกฎหมายแพ่งถ้าเป็นอสังหาริมทรัพย์จะต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ มิฉะนั้นก็เป็นโมฆะ เมื่อเป็นดังนี้ ทายาทที่เสียประโยชน์อาจจะไม่ยอมและเป็นปัญหาในการบังคับใช้"

4. หลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกที่ใช้เป็นคู่มือในการวินิจฉัยของดะโต๊ะยุติธรรมยึดถือตามมัซฮับชาฟิอีย์เพียงมัซฮับเดียวเป็นปัญหาในระดับมากที่สุด แตกต่างจาก

ข้อมูลการสัมภาษณ์และการประชุมสัมมนาที่เห็นว่าไม่เป็นปัญหาในทางปฏิบัติ เพราะแม้ว่าหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกจัดทำขึ้นตามแนวมัซฮับชาฟีอีย์ แต่พระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามฯ พ.ศ.2489 มิได้บังคับให้ใช้หลักกฎหมายอิสลามมัซฮับชาฟีอีย์เท่านั้น ดะโต๊ะยุติธรรมอาจพิจารณาตามมัซฮับอื่นได้ตามความเหมาะสม ดังคำกล่าวของผู้ทรงคุณวุฒิที่ว่า

> "แท้จริงแล้วพระราชบัญญัติการใช้กฎหมายอิสลามฯ พ.ศ.2489 มิได้บัญญัติว่าให้ใช้หลักกฎหมายของสำนักชาฟีอีย์ แต่เนื่องจากว่ามุสลิมในพื้นที่ของ 4 จังหวัดชายแดนภาคใต้ส่วนใหญ่ยึดตามสำนักชาฟีอีย์ ดังนั้นหลักกฎหมายอิสลามฯ จึงมีเนื้อหาตามสำนักของชาฟีอีย์ แต่ถ้าคู่พิพาทเป็นบุคคลที่ยึดถือตามสำนักของหะนะฟีย์หรือสำนักอื่นๆ ดะโต๊ะก็สามารถวินิจฉัยข้อกฎหมายอิสลามว่าครอบครัวและมรดกตามสำนักนั้นๆ ได้..."

แต่เมื่อยุคสมัยเปลี่ยนแปลงไปอาจจะส่งผลให้เกิดปัญหาบางประการ โดยเฉพาะถ้าหากมีการขยายขอบเขตการใช้บังคับกฎหมายอิสลามทั่วประเทศ หรือมีการจัดทำเป็นประมวลกฎหมายอาจส่งผลกระทบต่อการนำไปใช้กับคู่กรณีที่ยึดถือตามมัซฮับอื่นได้กรณีเช่นนี้จึงมีความจำเป็นต้องทบทวน ปรับปรุง หรือเปลี่ยนแปลงหลักกฎหมายดังกล่าวเพื่อให้เหมาะสมกับบริบทที่สังคมที่เปลี่ยนแปลงไป ดังผู้ทรงคุณวุฒิในการสัมภาษณ์และการสัมมนาได้แสดงความคิดเห็นไว้ค่อนข้างน่าสนใจว่า

> "ต่อมา เมื่อยุคสมัยและบริบทบางอย่างได้เปลี่ยนแปลงไป... ศาสนบัญญัติอิสลามหลายเรื่องรวมทั้งเรื่องครอบครัวและมรดกจึงย่อมเปลี่ยนแปลงไปตามกาลเวลาและยุคสมัยได้ หลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกที่ใช้ในประเทศไทยก็ย่อมปรับเปลี่ยนได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากมีการขยายขอบเขตการใช้กฎหมายอิสลามกว้างขวางมากขึ้น ครอบคลุมมุสลิมที่ยึดถือมัซฮับที่แตกต่างกันมากขึ้นยิ่งมีความจำเป็นที่จะต้องทบทวน ปรับปรุง และแก้ไขให้มีความเหมาะสมและยืดหยุ่น โดยไม่จำกัดอยู่แต่เฉพาะมัซฮับชาฟีอีย์แต่ต้องเปิดกว้างให้สามารถนำหลักคำจากทุกมัซฮับมาประยุกต์เป็นหลักกฎหมายได้ตามความเหมาะสม"

"...บริบทของมุสลิมในพื้นที่ หลักกฎหมายอิสลามฯจึงสมควรยึดตามสำนักของชาฟิอีย์ อย่างไรก็ตามในกรณีที่ทางการมีความสะดวกในโอกาสต่อไปก็สมควรยกร่างหลักกฎหมายอิสลามฯตามเนื้อหาฟิกฮฺของสำนักอื่นๆ อีกด้วย เช่นสำนักหะนะฟีย์ สำนักหันบะลีย์ สำนักมาลิกีย์เป็นต้น ทั้งนี้เพื่อบังคับใช้กับคู่พิพาทที่ยึดฟิกฮฺตามแนวทางของสำนักดังกล่าว"

"การปรับปรุงหลักกฎหมายอิสลามโดยไม่จำกัดเฉพาะมัซฮับหนึ่งมัซฮับใดเป็นวิธีการที่ดีสอดคล้องกับหลักอุดมการณ์ในอิสลามเพราะทุกมัซฮับต่างมีที่มาเดียวกัน คือ อัลกุรอานและสุนนะฮฺ และเป็นวิธีที่ประเทศมุสลิมต่าง ๆ ทั่วโลกนิยมใช้อยู่ในปัจจุบันนี้"

5.การใช้กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก โดยไม่มีการใช้กฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความอิสลามควบคู่ไปด้วยแต่ต้องใช้กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งซึ่งมีบางเรื่องที่ไม่สอดคล้องกับหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอิสลาม เช่น เรื่องพยาน และการพิพากษาคดีตามคำสาบานเป็นปัญหาในระดับมากที่สุด สอดคล้องกับข้อมูลการสัมภาษณ์และการประชุมสัมมนา โดยมีเหตุผลเช่นเดียวกัน คือ กระบวนการพิจารณาคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและพาณิชย์บางลักษณะแตกต่างจากกระบวนการพิจารณาคดีตามกฎหมายอิสลาม เช่น การพิจารณาคดีโดยวิธีการสาบาน การกำหนดคุณสมบัติและจำนวนพยานบุคคลในคดีต่าง ๆ เป็นต้น ดังคำกล่าวของผู้ทรงคุณวุฒิที่ว่า

"ถ้าดูกฎหมายเก่าคือ ข้อบังคับสำหรับเจ็ดหัวเมือง ร.ศ. 120 ข้อ 32 จะบัญญัติอย่างชัดเจนว่าให้ใช้กฎหมายอิสลามในการพิจารณาและพิพากษาคดี แสดงว่ากฎหมายฉบับนี้อนุญาตให้ใช้วิธีพิจารณาความแพ่งอิสลามในการพิจารณาคดี แต่ พรบ.2489 ที่บังคับใช้ในปัจจุบันมิได้บัญญัติเช่นนั้น ดังนั้นในการพิจารณาคดีจึงต้องบังคับใช้กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแทนซึ่งหลักกฎหมายบางลักษณะขัดต่อกฎหมายอิสลาม เช่นจำนวนและคุณสมบัติของพยาน เป็นต้น"

"ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและพาณิชย์โดยเนื้อหาสาระส่วนใหญ่เป็นหลักการในเชิงการบริหารจัดการ ซึ่งถูกบัญญัติขึ้นเพื่อสร้างระบบและความเป็นธรรมให้กับทุกฝ่าย ประกอบกับในกฎหมายอิสลามมิได้กำหนดเรื่องนี้ไว้โดยเฉพาะ แต่กำหนดไว้เป็นหลักการ

พื้นฐานเพื่อเป็นกรอบแนวทางในการกำหนดรูปแบบหรือวิธีการที่เหมาะสมเพื่อให้เกิดความยุติธรรมในทางคดี ด้วยเหตุนี้ บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและพาณิชย์ส่วนใหญ่จึงไม่ขัดต่อหลักกฎหมายอิสลามมากนัก คงมีแต่เฉพาะบางเรื่องที่มีความแตกต่างกัน เช่น การพิจารณาคดีโดยวิธีการสาบานตนต่ออัลลอฮฺ และการกำหนดคุณสมบัติและจำนวนพยานบุคคลในคดีต่าง ๆ เป็นต้น...”

“การอนุมัติให้มีการใช้กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก แต่มิได้กำหนดให้ดำเนินกระบวนวิธีพิจารณาความตามกฎหมายอิสลามหรือตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เท่าที่ไม่ขัดต่อหลักกฎหมายอิสลาม เป็นประเด็นข้อสงสัยให้ชาวมุสลิมถามหาความจริงใจของรัฐในการอนุมัติให้มีการบังคับใช้กฎหมายอิสลามอยู่ตลอดเวลา ทั้งเป็นปัญหาเรื่องการยอมรับการบังคับใช้กฎหมายอิสลามส่วนสารบัญญัติอีกด้วย”

6. การใช้กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกจะมีผลบังคับทางกฎหมายต่อเมื่อมีการร้องขอให้ศาลมีคำสั่งและศาลได้มีคำสั่งแล้วเท่านั้นเป็นปัญหาในระดับมากที่สุด สอดคล้องกับข้อมูลการสัมภาษณ์และการประชุมสัมมนา โดยมีเหตุผลว่า เนื่องจากกฎหมายอิสลามที่ใช้อยู่ในปัจจุบันไม่มีบทบัญญัติมาตราใดระบุให้การดำเนินการตามกฎหมายอิสลามมีความชอบด้วยกฎหมายและผูกพันหน่วยงานต่าง ๆ ของรัฐ และคณะกรรมการกฤษฎีกาก็ได้ตีความว่าให้มีการใช้เฉพาะในศาลเท่านั้น ทำให้เกิดปัญหา คือ กรณีถ้าไม่มีการนำความขึ้นสู่ศาลให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งหน่วยงานของรัฐก็จะไม่รับพิจารณาตามกฎหมายอิสลามการใช้กฎหมายอิสลามจึงไม่มีความเป็นระบบ ขาดความต่อเนื่องหรือไม่สิ้นสุดกระบวนการ

“การไม่มีผลบังคับนอกศาลนี่แหล่ะคือปัญหาของการใช้กฎหมายฉบับนี้ ทั้งที่ความเป็นจริงอะไรที่ดำเนินการแล้วตามกฎหมายหรือตามหลักการที่กำหนดไว้อย่างถูกต้องแล้ว ก็ควรจะได้รับการยอมรับและบังคับตามโดยทุกหน่วยงานของรัฐ เช่น การสมรส หรือการหย่าที่ชอบด้วยหลักกฎหมายอิสลาม ทุกหน่วยงานของรัฐควรจะบังคับให้ มิใช่ต้องรอคำสั่งศาล แต่ปัจจุบันนี้ต้องรอให้ศาลสั่ง เพราะหน่วยงานต่าง ๆ ไม่รับรู้เรื่องกฎหมายอิสลามนอกจากต้องไปจากศาล ในเมื่อเป็นสิทธิ

ตามกฎหมายของมุสลิม ทุกคนทุกฝ่ายก็ต้องให้การยอมรับโดยถือเป็นสิทธิที่มุสลิมพึงได้รับตามกฎหมาย"

ผู้ทรงคุณวุฒิบางท่านได้ยกอุทาหรณ์เรื่องการรับรองบุตรและหนังสือสำคัญสมรสสะท้อนปัญหาดังกล่าวไว้อย่างน่าสนใจว่า

"ในกรณีการยื่นคำร้องขอรับรองบุตรนั้น เนื่องจากหน่วยงานของรัฐไม่ยอมให้มีการรับรองบุตรที่เกิดจากภรรยาคนที่สอง ดังนั้นการใช้กฎหมายอิสลามในกรณีนี้จึงไม่สิ้นกระบวนการ เพราะบุตรจากภรรยาคนที่สองต้องขอรับรองบุตร แต่ในปัจจุบันต้องฟ้องศาล ซึ่งศาลก็จะไม่รับรองบุตรให้เพราะถือว่าเป็นการสมรสที่ถูกต้องตามกฎหมายอิสลามแล้ว แต่จะให้เหตุผลไว้ในคำวินิจฉัยยกฟ้องว่า ถือว่าเป็นการสมรสที่ถูกต้องตามกฎหมายอิสลามแล้วจึงไม่ต้องรับรองบุตรอีก ซึ่งบุตรผู้ยื่นคำร้องขอรับรองบุตรก็นำคำวินิจฉัยยกฟ้องนี้ไปยื่นต่อผู้ที่เกี่ยวข้องต่อไป บ่งบอกว่าการใช้กฎหมายอิสลามมีปัญหา ไม่สิ้นสุดกระบวนการ ซึ่งไปที่ศาลต้องเสียเวลา และมีภาระจ้างทนายอีก หรืออาจถูกหลอกจากกระบวนการมิจฉาชีพก็ได้"

"...หนังสือสำคัญสมรสหรือใบนิกะอฺที่ออกโดยอิหม่ามประจำมัสยิดไม่มีค่าทัดเทียมกับทะเบียนสมรสที่นายทะเบียนตามประมวลกฎหมายแพ่งดำเนินการให้ ซึ่งไม่ควรเป็นเช่นนั้น แต่ทั้งสองอย่างน่าจะมีค่าเท่าเทียมกัน เมื่อจดทะเบียนกับอิหม่ามถูกต้องตามกฎหมายอิสลามแล้ว ก็ไม่จำเป็นต้องไปจดทะเบียนตามประมวลกฎหมายแพ่งอีก ควรสามารถรับรองบุตรได้ นำไปหักภาษีได้ รับรองสมรสได้ รับรองสิทธิประโยชน์ เช่น สิทธิกองทุนบำเหน็จบำนาญข้าราชการหรืออื่นๆ ซึ่งจะทำให้ใบนิกะฮฺหรือใบหย่าสมบูรณ์ โดยไม่จำเป็นต้องฟ้องศาล เพราะในปัจจุบัน เช่น การหย่าตามกฎหมายอิสลามไม่สมบูรณ์ ไม่สามารถนำไปยืนยันสิทธิได้ ต้องไปฟ้องหย่าต่อศาล เพื่อให้ศาลรับรองว่า การหย่าสมบูรณ์ตามกฎหมายอิสลามแล้ว หากเป็นที่ยอมรับก็ไม่ต้องฟ้องหย่าตามกฎหมายแพ่งอีก แต่ปัจจุบันยังไม่ได้ใช้แทนตามบทบัญญัติกฎหมายดังกล่าว ดังนั้นควรแก้ไขกฎหมายโดยการให้เอกสารเหล่านี้มีความสมบูรณ์"

7. ดะโต๊ะยุติธรรมมีอำนาจวินิจฉัยข้อกฎหมายแต่ไม่มีอำนาจในการพิพากษา และวินิจฉัยข้อเท็จจริงในคดีเป็นปัญหาในระดับมากที่สุด สอดคล้องกับข้อมูลการสัมภาษณ์และการประชุมสัมมนา โดยมีเหตุผลเพิ่มเติมว่า เนื่องจากการไม่มีอำนาจในการวินิจฉัยข้อเท็จจริงเป็นสิ่งที่ขัดต่อหลักกฎหมายวิธีสบัญญัติอิสลามที่กำหนดดะโต๊ะยุติธรรมจะต้องมีอำนาจพิจารณาทั้งข้อกฎหมายและข้อเท็จจริง นอกจากนั้น ดะโต๊ะยุติธรรมอยู่ในบริบทของสังคมมุสลิม มีวิถีชีวิตเช่นเดียวกับคู่ความ จึงน่าจะรู้ข้อเท็จจริงต่าง ๆ ได้ดีกว่าผู้พิพากษาโดยเฉพาะผู้พิพากษาที่ไม่ใช่มุสลิม ดังคำกล่าวของผู้ทรงคุณวุฒิที่ว่า

> "ปัญหาเรื่องอำนาจดะโต๊ะยุติธรรมถือเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นนานแล้วเกี่ยวกับความสมบูรณ์ในการใช้ตัวเองเข้าไปเกี่ยวข้องกับคดีความ ทั้งที่เป็นเรื่องของอิสลามเอง แต่เป็นได้แค่เพียงที่ปรึกษาเท่านั้น"
>
> "โดยหลักการแล้วดะโต๊ะยุติธรรมหรือกอฎีในระบบกฎหมายอิสลามนั้นจะต้องเป็นผู้พิพากษาซึ่งมีอำนาจพิจารณาทั้งในส่วนที่เป็นข้อกฎหมายและข้อเท็จจริง..."
>
> "ดะโต๊ะยุติธรรมอยู่ในบริบทของสังคมมุสลิม มีวิถีชีวิตเช่นเดียวกับคู่ความ ดังนั้น ดะโต๊ะยุติธรรมน่าจะรู้ข้อเท็จจริงต่าง ๆ ได้ดี ในขณะที่ผู้พิพากษาอาจจะไม่รู้โดยเฉพาะผู้พิพากษาที่เป็นคนต่างศาสนา มีวิถีชีวิตที่แตกต่างกัน ดังนั้นหากให้ดะโต๊ะวินิจฉัยข้อเท็จจริงน่าจะทำให้การวินิจฉัยตรงตามความจริงได้มากกว่าผู้พิพากษา แต่ดะโต๊ะยุติธรรมนั้นต้องมีความรู้มากขึ้น"

8. คำวินิจฉัยของดะโต๊ะยุติธรรมถือเป็นที่สุด ไม่มีการอุทธรณ์หรือฎีกา เป็นปัญหาในระดับมากที่สุด สอดคล้องกับข้อมูลการสัมภาษณ์และการประชุมสัมมนา โดยมีเหตุผลเพิ่มเติมว่าเนื่องจากเห็นว่าการพิจารณาของดะโต๊ะยุติธรรมเพียงครั้งเดียวอาจเกิดความผิดพลาดได้ และเห็นว่าเป็นเรื่องที่ดีหากพัฒนาให้มีการอุทธรณ์หรือฎีกาได้ เพื่อจะได้กลั่นกรองอีกชั้นหนึ่ง ดังคำกล่าวของผู้ทรงคุณวุฒิที่ว่า

> "การพิจารณาของดะโต๊ะยุติธรรมเพียงครั้งเดียวอาจเกิดความผิดพลาดได้ จึงควรให้มีการอุทธรณ์ ฎีกา คำพิพากษาคดีตามกฎหมายอิสลามด้วย ทั้งนี้ถ้าหากกฎหมายอิสลามยินยอมให้กระทำได้ โดยอาจจะมีชั้นอุทธรณ์และสิ้นสุดที่ชั้นอุทธรณ์โดยไม่มีฎีกา แล้วแต่ความเหมาะสม""

9. การใช้กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกถูกจำกัดขอบเขตเฉพาะใน 4 จังหวัดชายแดนภาคใต้ ไม่ครอบคลุมมุสลิมทั่วประเทศ เป็นปัญหาในระดับมากที่สุด สอดคล้องกับข้อมูลการสัมภาษณ์และการประชุมสัมมนา โดยมีเหตุผลเพิ่มเติมว่า เนื่องจากเป็นการบังคับใช้กฎหมายโดยปราศจากความเสมอภาค เพราะใช้บังคับเฉพาะในสี่จังหวัดชายแดนภาคใต้เท่านั้น จึงควรให้มีการบังคับใช้ทั่วประเทศ เพราะกฎหมายอิสลามเป็นกฎหมายที่มีความเป็นสากล และมุสลิมทุกคนต้องปฏิบัติตาม ดังคำกล่าวของผู้ทรงคุณวุฒิที่ว่า

> "กฎหมายอิสลาม เป็นสิ่งที่ทุกคนที่เป็นมุสลิมต้องเคารพและปฏิบัติตาม ไม่ใช่ให้เลือกที่จะปฏิบัติหรือไม่ตามอำเภอใจ..."
> "เรื่องการกำหนดขอบเขตการใช้กฎหมายอิสลามเพียง ๔ จังหวัดภาคใต้นี้ไม่เห็นด้วยอย่างยิ่ง จึงควรขยายให้ทั่วราชอาณาจักร เพราะเป็นเรื่องของศาสนา เรื่องกฎหมาย แต่ดูเหมือนรัฐจะเอาการเมืองเข้ามาเกี่ยวข้องมากเกินไป น่าจะขยายให้ครอบคลุมตั้งนานแล้ว เหมือนกับกฎหมายอื่น ๆ ของไทย"

> "ควรให้มีการขยายขอบเขตการใช้กฎหมายอิสลามทั่วประเทศ เพราะกฎหมายอิสลามมีความเป็นสากลที่สามารถใช้บังคับได้ทั่วประเทศ และเป็นความประสงค์ของมุสลิมซึ่งเคยเสนอมานานแล้วแต่ไม่ได้รับการตอบสนอง"

10. การไม่มีศาลเฉพาะที่สอดคล้องกับหลักกฎหมายอิสลามดำเนินกระบวนพิจารณาพิพากษาคดีครอบครัวและมรดกของมุสลิมเป็นปัญหาในระดับมากที่สุด สอดคล้องกับข้อมูลการสัมภาษณ์และการประชุมสัมมนา โดยมีเหตุผลเพิ่มเติมว่าการไม่มีศาลเฉพาะสำหรับการใช้กฎหมายอิสลามทำให้การใช้กฎหมายขาดความเป็นระบบและไม่บรรลุผลตามความมุ่งหมาย ดังคำกล่าวของผู้ทรงคุณวุฒิที่ว่า

> "องค์กรศาลเฉพาะที่ใช้กฎหมายอิสลามนั้นมีอยู่แล้ว คือศาล แค่ปรับปรุงและจัดระบบให้ดีขึ้นกว่าเดิม"

"การขาดองค์กรศาลเฉพาะที่ใช้กฎหมายอิสลาม ทำหน้าที่ตัดสินพิจารณาพิพากษาคดีครอบครัวและมรดกทำให้การบังคับใช้กฎหมายอิสลามมีปัญหา การกำหนดให้ดะโต๊ะยุติธรรมทำหน้าที่วินิจฉัยข้อกฎหมายอิสลามในศาลจังหวัด โดยที่อำนาจพิจารณาคดีเป็นของผู้พิพากษานั้นทำให้มีข้อจำกัดในเรื่องอำนาจการพิจารณาพิพากษาคดี เนื่องจากดะโต๊ะยุติธรรมไม่มีอำนาจเบ็ดเสร็จในการพิจารณาพิพากษาคดี จึงเห็นสมควรให้มีการจัดตั้งศาลเฉพาะที่ใช้กฎหมายอิสลามเพื่อให้อำนาจเบ็ดเสร็จแก่ดะโต๊ะยุติธรรมในการพิจารณาพิพากษาคดี ซึ่งรูปแบบที่เหมาะสมที่สุดคือให้เป็นแผนกหนึ่งของศาลจังหวัดหรือศาลชำนัญพิเศษ"

"ควรให้มีองค์กรรองรับการใช้กฎหมายอิสลามอย่างเป็นระบบ เช่น สำนักงานจดทะเบียนสมรส และอื่นๆให้เทียบเท่ากับสำนักทะเบียนของฝ่ายปกครอง อาจจะดำเนินการโดยสำนักงานคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดก็ได้ ถ้าไม่ให้ แสดงว่า กฎหมายไม่ยอมรับการใช้กฎหมายอิสลาม เพราะยังต้องอาศัยคำพิพากษาของศาลในการยืนยันสิทธิ"

11. การย้ายภูมิลำเนาหรือการเปลี่ยนศาสนาเพื่อหลีกเลี่ยงการใช้กฎหมายอิสลาม หรือหลีกเลี่ยงการใช้กฎหมายอาญา เป็นปัญหาในระดับมากที่สุด สอดคล้องกับข้อมูลการสัมภาษณ์และการประชุมสัมมนา โดยมีเหตุผลเพิ่มเติมว่าเนื่องจากทำให้ผู้ที่ไม่ประสงค์จะใช้กฎหมายอิสลามขอย้ายออก หรือประกาศเปลี่ยนศาสนา และผู้ที่จะได้รับประโยชน์จากกฎหมายอิสลาม เช่น เพื่อหลีกเลี่ยงความผิดอาญาบางประเภท ขอย้ายเข้าไปอยู่ในพื้นที่สี่จังหวัด ทำให้ไม่สามารถดำเนินการตามกฎหมายได้ ดังคำกล่าวของผู้ทรงคุณวุฒิได้แสดงข้อคิดเห็นไว้ว่า

"ผมเคยประสบกับตัวเองกรณีการแบ่งมรดกตามหลักอิสลามผู้หญิงได้หนึ่งส่วนผู้ชายได้สองส่วน มีผู้หญิงบางคนมาเปลี่ยนศาสนากลางศาลเลย ผมต้องเชิญดะโต๊ะยุติธรรมยุติการพิจารณาคดี เพราะเขาไม่ใช่มุสลิมแล้ว ดะโต๊ะยุติธรรมบอกว่าเปลี่ยนไม่ได้ ผมว่าใครบอกว่าเปลี่ยนไม่ได้ ก็

รัฐธรรมนูญเขาเขียนไว้อยู่ว่าการนับถือศาสนาเป็นเสรีภาพ เมื่อเป็นอย่างนี้ก็ต้องพิจารณาไปตามกฎหมายแพ่ง”

“กรณีที่มีการบังคับให้ใช้กฎหมายอิสลามอาจทำให้เกิดการเปลี่ยนศาสนาเพื่อจะได้ไม่ต้องตกอยู่ภายใต้กฎหมายอิสลาม และสามารถใช้กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งอาจแก้ปัญหาโดยการแก้กฎหมาย โดยเปลี่ยนเป็น “ถ้าเจ้ามรดกเป็นมุสลิม.........”

“ปัญหาที่เกิดขึ้นเยอะที่สุดคือมีคนกลุ่มหนึ่งที่เป็นมุสลิมกระทำความผิดอาญาก่อน คือพรากผู้เยาว์ เมื่อพรากผู้เยาว์แล้วเขากลัวตัวเองติดคุก เพราะเด็กอายุยังน้อยจึงแก้ปัญหาด้วยการพากันไปสี่จังหวัดภาคใต้ แล้วให้กรรมการอิสลามที่นั่นทำพิธีนิกะฮ์เสร็จแล้วก็กลับมาก็เลยไม่ต้องติดคุก”

5.3 แนวทางการปรับปรุงและพัฒนาการใช้กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก

ผลการวิเคราะห์ข้อมูล เกี่ยวกับสภาพและแนวทางการปรับปรุงและการพัฒนาการใช้กฎหมายอิสลามว่าด้วยเรื่องครอบครัวและมรดกได้นำเสนอเป็นค่าเฉลี่ย และส่วนเบี่ยงเบนมาตรฐาน มีรายละเอียดดังตารางที่ 3 ประกอบด้วยข้อคิดเห็นจากการสัมภาษณ์และการประชุมสัมมนาทั้ง 3 ครั้ง

ตารางที่ 3 จำนวน ค่าเฉลี่ย และส่วนเบี่ยงเบนมาตรฐาน ของระดับความคิดเห็นเกี่ยวกับสภาพและแนวทางการปรับปรุงและการพัฒนาการใช้กฎหมายอิสลามว่าด้วยเรื่องครอบครัวและมรดก

ข้อความ	**n**	$\overline{X}$	**SD**	**ระดับความคิดเห็น**
2.1 การปรับปรุงหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกให้มีเนื้อหาที่ครอบคลุมเรื่องครอบครัว มรดก พินัยกรรม และเรื่องอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง	82	4.52	1.136	มากที่สุด

ข้อความ	n	$\overline{X}$	SD	ระดับความคิดเห็น
2.2 การปรับปรุงและพัฒนาหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกให้เป็นประมวลกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก	82	4.43	1.197	มาก
2.3 การจัดให้มีหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอิสลามเป็นแนวทางในการพิจารณาพิพากษาคดีของดะโต๊ะ-ยุติธรรม	82	4.20	1.337	มาก
2.4 การจัดให้มีประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความครอบครัวและมรดกอิสลาม	82	4.40	1.132	มาก
2.5 การจัดให้มีองค์กรศาลเฉพาะที่ใช้กฎหมายอิสลาม	79	4.14	1.534	มาก
2.6 การจัดให้มีหน่วยงานจดทะเบียนสมรสและทะเบียนหย่าตามหลักกฎหมายอิสลาม	82	4.37	1.072	มาก
2.7 การจัดให้มีองค์กรชี้ขาดปัญหาศาสนา (ฟัตวา) เพื่อส่งเสริมและพัฒนาการใช้กฎหมายอิสลาม	82	4.23	1.382	มาก
2.8 การกำหนดให้ทะเบียนสมรสและทะเบียนหย่าตามกฎหมายอิสลามมีผลผูกพันหน่วยงานต่าง ๆ ของรัฐโดยไม่ต้องอาศัยคำสั่งศาล	82	4.37	1.037	มาก
2.9 การจัดให้มีองค์กรพัฒนาบุคลากรฝ่ายตุลาการ ที่เกี่ยวข้องกับการบังคับใช้กฎหมายครอบครัวและมรดก	82	4.29	1.170	มาก
2.10 การขยายขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายอิสลามให้ครอบคลุมมุสลิมทั่วประเทศ	82	4.40	1.246	มาก
รวม	**82**	**4.31**	**8.795**	**มาก**

จากตารางที่ 3 พบว่า สภาพและแนวทางการปรับปรุงและการพัฒนาการใช้กฎหมายอิสลามว่าด้วยเรื่องครอบครัวและมรดก ในภาพรวมนั้นระดับความเห็นอยู่ในระดับมาก มีค่าเฉลี่ยเท่ากับ 4.31 และส่วนเบี่ยงเบนมาตรฐาน เท่ากับ 8.795 และเมื่อพิจารณาในแต่ละข้อคำถาม พบว่า

ส่วนใหญ่เห็นด้วยอยู่ในระดับมาก มีค่าเฉลี่ยตั้งแต่ 4.14-4.43 มีเพียงข้อความเดียวที่อยู่ ในระดับมากที่สุดได้แก่ การปรับปรุงหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกให้มีเนื้อหาที่ครอบคลุมเรื่องครอบครัว มรดก พินัยกรรม และเรื่องอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง มีค่าเฉลี่ยเท่ากับ 4.52 ส่วนเบี่ยงเบนมาตรฐาน เท่ากับ1.136 โดยมีรายละเอียดประกอบด้วยข้อมูลการสัมภาษณ์และการประชุมสัมมนาสนับสนุนเพิ่มเติมในแต่ละประเด็น ดังต่อไปนี้

1.การปรับปรุงหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกให้มีเนื้อหาที่ครอบคลุมเรื่องครอบครัว มรดก พินัยกรรม และเรื่องอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง ระดับความเห็นอยู่ในระดับมากที่สุด มีค่าเฉลี่ยเท่ากับ 4.52 ส่วนเบี่ยงเบนมาตรฐาน เท่ากับ 1.136สอดคล้องกับข้อมูลการสัมภาษณ์และการประชุมสัมมนาที่เห็นควรให้มีการปรับปรุงแก้ไขเนื้อหาหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก โดยเพิ่มเติมให้มีความครอบคลุมทุกประเด็นที่เกี่ยวข้อง เฉพาะอย่างยิ่งเรื่อง การหมั้น บุตรบุญธรรม การเปลี่ยนศาสนาการจ่ายค่าอุปการะเลี้ยงดูหลังการสมรส และหลังการหย่าขั้นตอนการหย่าที่ชอบด้วยกฎหมาย และพินัยกรรมโดยผลของกฎหมาย (วะศียะห์วาญิบะฮ์) รวมทั้งให้มีความครอบคลุมกฎหมายลักษณะอื่นที่สำคัญ ได้แก่ การให้ การวะก็อฟ และการนะซัร ทั้งนี้ เพื่อความมีประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายอิสลามที่สมบูรณ์สอดคล้องกับนโยบายของรัฐบาลและความต้องการของประชาชนมุสลิม ดังเช่นคำกล่าวของผู้เข้าร่วมสัมมนาที่ว่า

> “การบัญญัติเรื่องการให้ การวะก็อฟ และเรื่องอื่นที่เกี่ยวข้องลงไปในกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกด้วยนั้น จะเป็นประโยชน์อย่างมาก เพราะจะเป็นช่องทางแก้ไขปัญหาในเรื่องของมรดกซึ่งจะไม่ตกทอดไปยังทายาทที่ต่างศาสนา เพราะการให้ในกฎหมายอิสลามนั้นเปิดกว้างมาก ถึงแม้ว่าต่างศาสนากันก็สามารถให้กันได้ การวะก็อฟก็เหมือนกัน บางครั้งผู้ที่มีหน้าที่ดูแลทอดทิ้งโดยเปล่าประโยชน์ ฉะนั้น ถ้าบัญญัติไว้ในกฎหมายให้ชัดเจน ก็จะทำให้อยู่ภายใต้กฎหมาย จะต้องดำเนินการให้เกิดประโยชน์กับสังคมส่วนรวมได้”

ผู้ทรงคุณวุฒิได้ให้ข้อเสนอแนะเพิ่มเติมว่า ควรให้มีการตรวจสอบเนื้อหาหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก โดยจำแนกระหว่างข้อบัญญัติที่มีผลบังคับทางกฎหมายหรือที่เรียกในภาษาอาหรับว่า “กอฎออัน” และข้อบัญญัติที่ไม่มีผลบังคับทางกฎหมายเพียงแต่ส่งเสริมในทางศาสนา หรือที่เรียกในภาษาอาหรับว่า“ดียานะตัน” ทั้งนี้ เพื่อปรับปรุงหลักกฎหมายอิสลามให้มีความกะทัดรัดเฉพาะส่วนที่มีความจำเป็นสำหรับการบังคับใช้ในทางกฎหมายจริง ๆ เท่านั้น

ไม่รวมถึงสิ่งที่ศาสนาส่งเสริมหรือสิ่งที่อนุมัติให้ปฏิบัติ ซึ่งไม่ถือเป็นข้อบังคับทางกฎหมายหรือทางศาล รวมทั้งเสนอแนะให้กำหนดไว้ในบทหนึ่งบทใดหรือมาตราหนึ่งมาตราใดว่า "ถ้าบทบัญญัติในหลักกฎหมายนี้ไม่ได้บัญญัติไว้ให้นำหลักศาสนบัญญัติอิสลามมาใช้บังคับโดยอนุโลม" เพื่อเป็นทางออกให้กับดะโต๊ะยุติธรรม ผู้พิพากษา และทุกฝ่ายสามารถใช้หลักกฎหมายอิสลามมาปรับใช้กับคดีครอบครัวและมรดกของมุสลิมได้ทุกเรื่องตามความประสงค์โดยไม่ถูกจำกัดด้วยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย และควรปรับปรุงให้เป็นไปตามหลักสากลและเหมาะสมกับยุคสมัย เพื่อประโยชน์ของส่วนรวม เช่น การกำหนดให้มีหลักฐานเป็นหนังสือ และการจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่กรณีที่เกี่ยวกับเรื่องกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ หรือสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษบางประเภท ทั้งนี้ เท่าที่ไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งอัลกุรอานและสุนนะฮฺดังเช่นคำกล่าวของผู้เข้าร่วมสัมมนาที่ว่า

> "หลักกฎหมายควรกำหนดแต่เฉพาะเรื่องต้องปฏิบัติหรือต้องละทิ้งเท่านั้น หรือที่เรียกในภาษาอาหรับว่า "กอฎออัน" ไม่รวมถึงสิ่งที่อนุมัติ หรือสิ่งที่ศาสนาส่งเสริมให้ปฏิบัติ ซึ่งไม่ถือเป็นข้อบังคับทางกฎหมายหรือทางศาลในภาษาอาหรับเรียกว่า "ดียานะตัน"
>
> "กฎหมายว่าด้วยครอบครัวและมรดกที่จะจัดทำหรือปรับปรุงแก้ไขจะต้องจัดทำหรือปรับปรุงให้ครอบคลุมหลักศาสนบัญญัติว่าด้วยครอบครัวและมรดก และควรต้องบัญญัติไว้ในบทหนึ่งบทใดหรือมาตราหนึ่งมาตราใดว่า "ถ้าบทบัญญัติในกฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้ให้นำหลักศาสนบัญญัติอิสลามมาใช้บังคับ"
>
> "อยากจะเสนอว่า...การจดทะเบียนควรจะให้สอดคล้องกับหลักในเรื่องของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินซึ่งเป็นหลักสากล เพราะเมื่อจดทะเบียนแล้ว เราจะรู้ว่าอสังหาริมทรัพย์นั้นเป็นของใคร"

2. การปรับปรุงและพัฒนาหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกให้เป็นประมวลกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกระดับความเห็นอยู่ในระดับมาก มีค่าเฉลี่ยเท่ากับ 4.43 ส่วนเบี่ยงเบนมาตรฐาน เท่ากับ 1.197สอดคล้องกับข้อมูลการสัมภาษณ์และการประชุมสัมมนา ครั้งแรก ซึ่งผู้ทรงคุณวุฒิส่วนใหญ่มีความเห็นว่าควรปรับปรุงและพัฒนาหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกที่ใช้อยู่ในปัจจุบันให้เป็นประมวลกฎหมาย เพื่อแก้ปัญหาสถานภาพของหลักกฎหมายที่ใช้อยู่ในปัจจุบันอีกทั้งเป็นการสร้างหลักเกณฑ์ในการ

พิจารณาคดีให้มีบรรทัดฐานเดียวกัน มีความเป็นเอกภาพ และความสะดวกในการปรับใช้กฎหมายของศาล รวมทั้งเพื่อให้เป็นที่เปิดเผยแก่โจทก์และจำเลยตลอดจนสาธารณชนดังเช่นคำกล่าวของผู้เข้าร่วมสัมมนาที่ว่า

> "ควรจะต้องมีการจัดทำประมวลกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก ที่ครอบคลุมเรื่องต่างๆ เพื่อให้ดะโต๊ะยุติธรรมยึดถือเป็นบรรทัดฐานในการพิจารณาคดี เช่นเดียวกับกฎหมายอื่น ๆ ของไทย"
> "เห็นด้วยกับการจัดให้มีประมวลกฎหมายสารบัญญัติ เพราะดะโต๊ะยุติธรรมจะทำหน้าที่ได้อย่างถูกต้อง และมีกฎหมายรองรับ แต่อาจจะเรียกชื่ออื่นๆ ก็ได้"

> "การจัดทำประมวลกฎหมายอิสลามนั้นเป็นความจำเป็นในปัจจุบัน และถือเป็นหน้าที่ของนักวิชาการมุสลิมที่จะต้องจัดเตรียมเพื่อสังคมมุสลิม ส่วนจะได้รับอนุมัติให้บังคับใช้อย่างไรหรือไม่นั้นเป็นส่วนของนักการเมืองและภาคประชาชนที่จะต้องขับเคลื่อนในทางการเมือง แต่ในฝ่ายของวิชาการจะจัดเตรียมในส่วนนี้ให้พร้อมที่จะเสนอและดำเนินการได้เมื่อมีการอนุมัติ"

ในการประชุมสัมมนาครั้งที่สอง ผู้ทรงคุณวุฒิบางท่านได้แสดงความคิดเห็นในประเด็นนี้แตกต่างออกไปว่าการจัดทำประมวลกฎหมายเป็นเรื่องใหม่ จำเป็นต้องใช้คณะบุคคลที่มีความรู้ความสามารถทั้งทางด้านกฎหมายอิสลามและกฎหมายบ้านเมืองซึ่งปัจจุบันบุคคลากรที่เชี่ยวชาญด้านนี้ที่แท้จริงมีน้อยมาก ย่อมเป็นเรื่องยากมากที่จะทำให้มีความถูกต้องและสมบูรณ์ จึงเห็นควรให้ใช้หลักกฎหมายอิสลามเป็นคู่มือเช่นเดิมไปก่อน เพราะการเป็นคู่มือนั้นมีความยืดหยุ่นในการที่จะนำไปปรับใช้ รวมทั้งกรณีหากมีบุคคลใดไม่ยอมรับในข้อบัญญัติหนึ่งข้อบัญญัติใดก็สามารถปรับให้สอดคล้องกับการยึดถือของคู่ความในคดีได้ง่ายเพียงแต่ต้องพัฒนาเพิ่มเติมเนื้อหาให้ครอบคลุม และจัดให้มีหน่วยงานรับรอง เช่น ประธานศาลฎีกา และสำนักจุฬาราชมนตรี หลังจากนั้นเมื่อหลักกฎหมายดังกล่าวนี้มีความสมบูรณ์เป็นที่ยอมรับทั่วไปแล้ว จึงค่อยปรับเปลี่ยนเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือจัดทำเป็นประมวลกฎหมาย ดังคำกล่าวของผู้ทรงคุณวุฒิที่ว่า

> "แต่หากจัดทำเป็นแนวทางหรือคู่มือเช่นเดิมแต่เพิ่มเนื้อหาสาระให้สมบูรณ์มากขึ้นก็จะเป็นทางออกที่ดีกว่า"

> “การจัดทำประมวลกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกนั้นเป็นเรื่องละเอียดอ่อนขอให้มีการศึกษาทบทวนในเรื่องนี้อย่างรอบคอบ”

> “เห็นด้วยกับการให้มีคู่มือกฎหมายสารบัญญัติและวิธีสบัญญัติ แต่ไม่เห็นด้วยกับการประกาศใช้กฎหมายสารบัญญัติเป็นพระราชบัญญัติหรือประมวลกฎหมายเพราะจะทำให้กฎหมายตายตัว ซึ่งจะทำให้ดะโต๊ะยุติธรรมไม่สามารถอ้างอิงตำราอื่นๆ ได้อีกต่อไป

ในประเด็นนี้ยังมีข้อคิดเห็นเพิ่มเติมจากผู้ทรงคุณวุฒิบางท่านในการประชุมสัมมนาครั้งที่สองซึ่งได้รับการสนับสนุนจากที่ประชุมสัมมนาครั้งที่สาม คือ ข้อคิดเห็นที่ว่าควรจัดทำเป็นข้อบังคับประธานศาลฎีกา โดยให้มีการรับรองจากจุฬาราชมนตรี และกระทรวงยุติธรรม เพราะข้อบังคับประธานศาลฎีกาเป็นเสมือนกฎหมาย ปัญหาต่าง ๆ สืบเนื่องจากการที่ไม่หลักกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษรก็จะสามารถเยียวยาแก้ไขได้ ผู้เกี่ยวข้องทุกฝ่ายก็จะได้รู้ว่ากฎหมายอิสลามดังกล่าวนั้นมีรายละเอียดอย่างไร ดะโต๊ะยุติธรรมชี้ขาดข้อกฎหมายถูกต้องหรือไม่ และการจัดทำเป็นข้อบังคับเช่นว่านี้จะดีกว่าการจัดทำเป็นประมวลกฎหมาย เพราะไม่ต้องใช้เวลาและไม่ต้องระดมผู้เชี่ยวชาญจำนวนมาก ซึ่งเป็นเรื่องยาก หลังจากนั้น เมื่อความรู้ต่าง ๆ เหล่านี้ตกผลึกดีแล้วจึงค่อยยกระดับเป็นประมวลกฎหมายและไม่ว่าจะจัดทำในรูปแบบใดควรให้มีการระบุที่มาหรือแหล่งอ้างอิงไว้ให้ชัดเจนด้วย ดังคำกล่าวของผู้ทรงคุณวุฒิที่ว่า

> “การจัดทำเป็นข้อบัญญัติประธานศาลฎีกา จะทำให้สามารถแก้ไขปัญหาต่างๆ ที่เกิดขึ้นได้”

> “ตลอดระยะเวลาที่ผ่านมาของการใช้กฎหมายอิสลามตั้งแต่ ปี 2489 ไม่เคยมีการปรับปรุงพัฒนาใด ๆ ดังนั้นการจัดทำเป็นข้อบังคับดังกล่าวจะเป็นการพัฒนาอีกก้าวหนึ่งของการใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทยที่มีความเป็นมาอันยาวนาน”

> “การบัญญัติเป็นประมวลกฎหมายลายลักษณ์อักษร จะทำให้มีความชัดเจนอย่างที่ผู้วิจัยกล่าวถึง แต่มันก็มีข้อเสียในแง่ของการยืดหยุ่น และในแง่ของความแข็งกระด้างเกินไป และก็อาจจะไม่ครอบคลุมในบางเรื่อง ฉะนั้น การออกเป็นข้อบังคับของประธานศาลฎีกา ซึ่งเป็นกฎหมายลำดับรองที่มีผลบังคับต่อศาล และสามารถแก้ไขได้ง่ายกว่าพระราชบัญญัติ...เพื่อเป็นการสร้างบรรทัดฐานให้เกิดขึ้นกับการตัดสินของดะโต๊ะยุติธรรม...”

"ในการจัดทำประมวลกฎหมาย หรือข้อบังคับประธานศาลฎีกา ควรระบุถึงที่มา ตำราที่ใช้เป็นคู่มือ รวมทั้งคำอธิบายถึงเจตนารมณ์ และความหมายเพิ่มมีลักษณะเป็น(มุซักกีเราะอิฎอฮียะห์)[1]ไว้ด้วย เพื่อความชัดเจนและสะดวกในการนำไปใช้และการปรับปรุงแก้ไขในโอกาสต่อไป"

ผู้ทรงคุณวุฒิได้เสนอแนะแนวทางการจัดทำประมวลกฎหมายหรือข้อบังคับประธานศาลฎีกาว่าควรบัญญัติทางออกกรณีเกิดการขัดกันระหว่างกฎหมายอิสลามกับกฎหมายอื่น ได้แก่ กรณีเมื่อมีการใช้กฎหมายสารบัญญัติตามหลักกฎหมายอิสลามแล้ว ผลอาจจะไปขัดแย้งกับกฎหมายอื่น เช่น การขัดแย้งกับประมวลกฎหมายอาญาเกี่ยวกับคดีการแต่งงานของหญิงที่ยังเป็นผู้เยาว์ หรือเรื่องอื่น ๆ ก็เช่นเดียวกัน จะต้องกำหนดไว้ให้ชัดเจน ดังคำกล่าวของผู้ทรงคุณวุฒิที่ว่า

"ในทางกฎหมายอิสลามโดยทั่วไปนั้นอนุญาตให้แต่งงานได้โดยไม่มีเงื่อนไขเรื่องอายุ ต่อมาเมื่อเกิดปัญหาทะเลาะกันก็จะนำเรื่องเข้าสู่กระบวนการทางกฎหมาย เช่น มีการฟ้องทางกฎหมายบ้านเมืองว่าพรากผู้เยาว์ เพราะอายุต่ำกว่าที่กฎหมายอาญากำหนด ก็มีปัญหาว่า กรณีอย่างนี้จะเป็นคดีอาญาหรือไม่ ในส่วนกฎหมายสารบัญญัติคงจะต้องมีการเขียนให้ครอบคลุมประเด็นนี้ไว้ด้วยเพื่อแก้ปัญหาที่อาจจะเกิดขึ้น"

"รวมทั้งเรื่องการให้แก่บุคคลที่สาม ประมวลกฎหมายแพ่งฯ คุ้มครองบุคคลที่สาม ในกฎหมายอิสลามมีบทบัญญัติอย่างไร ซึ่งก็เข้าใจว่าน่าจะต้องคุ้มครองบุคคลที่สามด้วย เรื่องเหล่านี้เป็นเรื่องที่ต้องบัญญัติไว้ แต่อย่างไรก็ตาม ประเด็นหลักอยู่ที่ว่าไม่สามารถเขียนหรือบัญญัติไว้ทั้งหมดได้ เพราะไม่มีวันเขียนหมด จึงให้ข้อคิดว่าต้องเขียนวิธีคิด โดยเอาตัวอย่างที่ยกกันมาแล้วนั้นไปสรุปเป็นวิธีคิด ท้ายที่สุดก็จะสามารถพิจาณาและยุติได้"

3. การจัดให้มีหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอิสลามเป็นแนวทางในการพิจารณาพิพากษาคดีของดะโต๊ะยุติธรรม ระดับความเห็นอยู่ในระดับมาก มีค่าเฉลี่ยเท่ากับ 4.20 ส่วนเบี่ยงเบนมาตรฐาน เท่ากับ 1.337 สอดคล้องกับข้อมูลการสัมภาษณ์และการประชุมสัมมนาที่เห็นควรให้มีการจัดทำหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอิสลามเป็นแนวทางในการพิจารณาพิพากษาคดีของ

---

[1] บันทึกเจตนารมณ์กฎหมาย

ดะโต๊ะยุติธรรมเพราะจะทำให้ดะโต๊ะยุติธรรมสามารถที่จะดำเนินกระบวนพิจารณาคดีได้สอดคล้องกับหลักการอิสลาม ดังคำกล่าวของผู้ทรงคุณวุฒิที่ว่า

> "ต้องจัดให้มีกฎหมายวิธีสบัญญัติอิสลามหรือวิธีพิจารณาความตามหลักกฎหมายอิสลาม ทั้งนี้ โดยยึดประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและพาณิชย์เป็นหลัก และปรับเฉพาะในส่วนที่มีความแตกต่าง หรือขัดแย้ง โดยจัดทำเป็นหลักกฎหมายหรือประมวลกฎหมายแล้วแต่ความเหมาะสม"
> "การพัฒนาการปรับใช้กฎหมายอิสลาม จะต้องจัดให้มีกฎหมายวิธีสบัญญัติ หรือ วิธีพิจารณาความอิสลาม เพราะจะทำให้ศาลอิสลามหรือดะโต๊ะยุติธรรมสามารถที่จะดำเนินกระบวนพิจารณาคดีได้สอดคล้องกับหลักการอิสลาม"

4. การจัดให้มีประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความครอบครัวและมรดกอิสลามอันหมายถึงการจัดทำหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอิสลามเป็นประมวลกฎหมายระดับความเห็นอยู่ในระดับมาก มีค่าเฉลี่ยเท่ากับ 4.40 ส่วนเบี่ยงเบนมาตรฐาน เท่ากับ 1.132 สอดคล้องกับข้อมูลการสัมภาษณ์และการประชุมสัมมนา โดยมีบางท่านเสนอความคิดเห็นว่าสมควรให้มีการจัดทำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความครอบครัวและมรดกอิสลามเช่นเดียวกับกฎหมายสารบัญญัติดังคำกล่าวของผู้ทรงคุณวุฒิที่ว่า

> "สมควรเปลี่ยนมาใช้กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งอิสลามทั้งหมด ซึ่งการร่างกฎหมายดังกล่าวอาจจะดูประเทศเพื่อนบ้านเป็นตัวอย่างได้ เช่น ประเทศมาเลเซีย"

แต่ผู้ทรงคุณวุฒิบางท่านได้แสดงความเห็นแย้งว่า การปรับกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เป็นเรื่องใหญ่ ไม่สามารถกระทำได้ในเวลาอันสั้น จึงเห็นควรให้การดำเนินกระบวนพิจารณาคดีของดะโต๊ะยุติธรรม เป็นไปตาม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเช่นเดิม และได้เสนอทางออกให้ที่ประชุมพิจารณา พ.ร.บ.อนุญาโตตุลาการ และ พ.ร.บ. ภาษีอากร มาเป็นแนวทางในการปรับใช้สำหรับการพิจารณาคดีของดะโต๊ะยุติธรรม เพราะจะมีความสะดวกและยืดหยุ่นมากกว่า ทั้งไม่เป็นภาระแก่ศาลมากนัก โดยอาจให้มีการดำเนินการที่สำนักงานคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดก็ได้ ซึ่งอาจเปรียบสำนักงานคณะกรรมการอิสลามฯ เหมือนศาลชั้นต้น เมื่อได้ดำเนินการเสร็จสิ้นแล้ว ศาลก็จะทำหน้าที่เพียงตรวจสอบขั้นตอนความถูกต้อง ส่วนเนื้อรายละเอียดให้สำนักงานคณะกรรมการอิสลามฯ จะเป็นผู้รับผิดชอบดำเนินการ ที่ประชุมได้อภิปรายกว้างขวางเกี่ยวกับการ

ให้สำนักงานคณะกรรมการอิสลามฯ ดำเนินการเสมือนศาลชั้นต้น โดยมีบางท่านเห็นด้วย และหลายท่านไม่เห็นด้วยเนื่องจากไม่มั่นใจในศักยภาพของคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดและเห็นว่าควรแต่งตั้งคณะกรรมการชุดใหม่ ดังเช่นคำกล่าวของผู้ทรงคุณวุฒิบางท่านที่ว่า

> "ผมรู้สึกไม่เห็นด้วยกับข้อเสนอนี้ เพราะปัจจุบันนี้เป็นที่ยอมรับว่าคณะกรรมการของเรานี้ยังไม่สมบูรณ์เท่าที่ควร ผมก็เป็นห่วงว่าถ้าเราให้อำนาจไปแล้วและคู่กรณีไม่พอใจไม่เป็นที่สิ้นสุดครับ ผมก็เลยอยากจะให้คดีความของมุสลิมเข้าสู่กระบวนการศาลที่แท้จริง"

> "การให้กรรมการอิสลามประจำจังหวัดเป็นผู้ตัดสิน เราเห็นด้วย เพราะจริงๆ แล้วกรรมการอิสลามประจำจังหวัดแต่ละจังหวัดนั้นถูกคัดสรรมาจากอิหม่ามเป็นส่วนใหญ่ซึ่งถือว่าเป็นปัญญาชนที่มีความรู้ด้านศาสนาโดยตรงอยู่แล้ว..."

> "มีข้อเท็จจริงเกี่ยวกับคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัด คือว่า ถ้าเป็นจังหวัดใหญ่ ๆ อย่างเช่น สามจังหวัดภาคใต้ หรือพระนครศรีอยุธยา หรือกรุงเทพมหานคร คงไม่น่าเป็นห่วง แต่ที่เป็นห่วงก็คือจังหวัดเล็ก ๆ เพราะมาตรฐานของแต่ละจังหวัดไม่เหมือนกัน มาตรฐานในการบริหารกิจการเรื่องฮาลาลก็ไม่เหมือนกัน ในกรรมการกลางก็แตกต่างกัน นี่คือปัญหา แต่ผมเห็นว่า ให้คณะกรรมกลางอิสลามแห่งประเทศไทย และกรรมการอิสลามประจำจังหวัด รวมทั้งสำนักจุฬาราชมนตรีมีอำนาจในการเป็นผู้พิจารณาแต่งตั้งผู้ทรงคุณวุฒิพิเศษโดยผ่านทั้งสามองค์กรนี้มาทำหน้าที่ข้างต้น น่าจะมีความเหมาะสมที่สุด"

ผู้ทรงคุณวุฒิบางท่านเสนอแนะช่องทางในการใช้กฎหมายวิธีพิจารณาความอิสลามในระหว่างที่ยังไม่มีการบังคับใช้กฎหมายวิธีพิจารณาความอิสลามและต้องใช้ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งนั้นอาจกระทำโดยการท้าตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และหากมีปัญหาเรื่องการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีก็ให้พิจารณาจากหลักกฎหมายทั้งสองประกอบกันดังคำกล่าวของผู้ทรงคุณวุฒิบางท่านที่ว่า

> “ในกรณีการท้ากันนี้อาจจะมีปัญหาเรื่องการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี ซึ่งในกรณีเช่นนี้ ถ้าข้อที่ท้ากันนั้นกระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีในหลักกฎหมายอิสลามอย่างหนึ่งและตามกฎหมายบ้านเมืองอีกอย่างหนึ่ง ก็จะมีปัญหาขัดกันขึ้น จึงอาจกำหนดกรอบไว้ว่า การท้ากันได้จะต้องเป็นอยู่ในขอบเขตที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของกฎหมายอิสลามและจะต้องไม่ขัดต่อความสงบหรือศีลธรรมอันดีของบ้านเมืองด้วย เป็นการคำนึงถึงกฎหมายทั้งสองประกอบกัน”

ผู้ทรงคุณวุฒิบางท่านเสนอแนะว่า ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 103/2 เปิดช่องให้คู่ความสามารถตกลงกันที่จะไม่ใช้ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งได้ ซึ่งเป็นวิธีการที่นำแนวคิดของอนุญาโตตุลาการมาใช้ คือ คู่ความสามารถที่เลือกวิธีพิจารณาที่ตัวเองเห็นว่าสมควร คู่ความมุสลิมก็ย่อมตกลงกันใช้กฎหมายอิสลามในเรื่องนี้ได้บางท่านสนับสนุนความคิดเห็นนี้ และได้กล่าวอธิบายเพิ่มเติมว่า

> “การใช้ระบบอนุญาโตตุลาการเป็นอีกทางเลือกหนึ่งเพื่อแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นนี้ ดังเช่นที่ได้มีการพยายามใช้ในอังกฤษ และแคนาดา โดยจัดรวบรวมผู้ที่มีความเชี่ยวชาญทางกฎหมายอิสลามและผู้ที่มีความรู้เกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการมารวมกลุ่มกัน มาพิจารณาคดีในเรื่องของครอบครัวและคดีอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง โดยใช้กฎหมายอิสลาม เมื่อตัดสินไปแล้วก็สามารถบังคับใช้ได้ เนื่องจากช่องทางอนุญาโตตุลาการเช่นของไทยเราเองก็มี พ.ร.บ. อนุญาโตตุลาการ ซึ่งมีบทบัญญัติรับรอง ศาลไม่มีอำนาจเพิกถอน เพียงแต่ตรวจสอบความถูกต้อง หรือถ้าหากไม่มีเหตุผิดปกติ ศาลก็จะบังคับไปตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้น นี่เป็นช่องทางหนึ่งที่หลายประเทศพยายามใช้วิธีนี้เข้ามาแก้ ข้อดีของวิธีนี้ก็คือ ในกรณีที่เป็นกฎหมายสารบัญญัติสามารถนำกฎหมายอิสลามมาใช้ได้โดยตรง ในส่วนของคดีครอบครัวนี้แม้จะมีข้อจำกัดบางประการ ในภาพรวมนี้ก็สามารถนำมาใช้ได้และกรณีวิธีสบัญญัติก็เช่นเดียวกัน”

อย่างไรก็ตาม ผู้ทรงคุณวุฒิส่วนหนึ่งเห็นว่า แม้จะมีการดำเนินคดีโดยการท้า หรืออนุญาโตตุลาการตามที่เสนอ ก็ต้องมีกฎหมายวิธีพิจารณาความอิสลามประกอบ ไม่ว่าจะมีในลักษณะเป็นประมวลกฎหมายหรือเป็นคู่มือก็ตามมิฉะนั้น ก็ยากที่จะนำมาใช้ในทางปฏิบัติจริงเนื่องจากไม่มีหลักหรือตัว

บทกฎหมาย ดังนั้น จึงเห็นควรที่จะต้องให้มีการจัดทำกฎหมายวิธีพิจารณาความอิสลาม และควรทำให้มีความยืดหยุ่นเช่นเดียวในกฎหมายวิธีพิจารณาของศาลแรงงาน และต้องคำนึงถึงกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องให้มากที่สุด แต่ต้องไม่ขัดต่อหลักการอิสลาม ดังคำกล่าวของผู้ทรงคุณวุฒิบางท่านที่ว่า

> “และหากมีการจัดทำก็เสนอให้จัดทำหรือเขียนแนวเดียวกับวิธีพิจารณาของศาลแรงงาน ซึ่งมีความยืดหยุ่นถ้าหากมีอะไรที่ไม่ถูกต้องศาลก็จะมีอำนาจสั่งให้ทำให้ถูกต้องได้ อย่าเขียนแบบ ป.วิแพ่ง ซึ่งมีประเด็นปลีกย่อยหลายจุดทำให้คดีที่ควรได้รับการพิจารณาตกไปก่อนที่ผู้พิพากษาจะได้ทำการพิพากษา เช่น การขาดนัด การยื่นบัญชีพยาน และอื่น ๆ เพื่อป้องมิให้คดีที่เกี่ยวกับกฎหมายอิสลามตกไปก่อนการวินิจฉัยของดะโต๊ะยุติธรรม”

> “ในการพิจาณาคดีควรกำหนดให้มีดะโต๊ะยุติธรรมอย่างน้อย 2 ท่าน เพราะจะได้ไม่ขัดต่อพระธรรมนูญศาลยุติธรรมที่กำหนดให้ผู้พิพากษา 2 ท่านเป็นผู้วินิจฉัยคดีทั้งแพ่งและอาญา

> “ในการจัดทำหลักกฎหมายวิธีสบัญญัติ...ถ้าข้อบัญญัติดังกล่าวไปขัดกับหลักการทางศาสนาจะมีหนทางแก้ไขปัญหานี้อย่างไร ควรกำหนดแนวทางแก้ไขไว้ด้วย”

5. การจัดให้มีองค์กรศาลเฉพาะที่ใช้กฎหมายอิสลามระดับความเห็นอยู่ในระดับมาก มีค่าเฉลี่ยเท่ากับ 4.14 ส่วนเบี่ยงเบนมาตรฐาน เท่ากับ 1.534 สอดคล้องกับข้อมูลการสัมภาษณ์และการประชุมสัมมนาโดยผู้ทรงคุณวุฒิมีความคิดเห็นว่าจำเป็นจะต้องจัดให้มีองค์กรศาลเฉพาะที่ใช้กฎหมายอิสลาม เพื่อให้ดะโต๊ะยุติธรรมมีอำนาจเบ็ดเสร็จในการพิจารณาและพิพากษาคดี ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายอิสลาม โดยอาจจะจัดเป็นแผนกหนึ่งในศาลจังหวัด ศาลชำนัญพิเศษ หรือศาลอิสลามกลาง เป็นต้น ดังคำกล่าวของผู้ทรงคุณวุฒิที่ว่า

> “การขาดองค์กรศาลเฉพาะที่ใช้กฎหมายอิสลาม ทำหน้าที่ตัดสินพิจารณาพิพากษาคดีครอบครัวและมรดกทำให้การบังคับใช้กฎหมายอิสลามมีปัญหาจึงเห็นสมควรให้มีการจัดตั้งศาลเฉพาะที่ใช้กฎหมายอิสลามเพื่อให้อำนาจ

เบ็ดเสร็จแก่ดะโต๊ะยุติธรรมในการพิจารณาพิพากษาคดี ซึ่งรูปแบบที่เหมาะสมที่สุดคือให้เป็นแผนกหนึ่งของศาลจังหวัดหรือศาลชำนัญพิเศษ”

“บัดนี้ประเทศไทยควรที่จะได้มีศาลอิสลามกลางอย่างน้อย 1 ศาล จัดตั้งขึ้นคล้าย ๆ กับศาลล้มละลายกลาง เพราะ

1) ประชากรมุสลิมประมาณ 10 เปอร์เซ็นต์ คิดเป็นจำนวนประมาณ 6-7 ล้านหรือถึง 10 ล้านคน ซึ่งมากกว่าประชากรของประเทศมุสลิมบางประเทศ เช่น บรูไน ปัจจุบันนี้กฎหมายอิสลามที่ใช้อยู่ในจังหวัดชายแดนภาคใต้ก็มีขอบเขตจำกัดอยู่ในจังหวัดภาคใต้ เชียงใหม่ไม่มีโอกาสได้ใช้ทั้งที่มีมุสลิมจำนวนไม่น้อย

2) มุสลิมทุกแห่งทั่วประเทศมีแนวปฏิบัติที่เหมือนกัน แต่ตลอดเวลาที่ผ่านมามุสลิมในจังหวัดต่าง ๆ ไม่ได้รับการส่งเสริมการใช้กฎหมายอิสลามเหมือนเช่น มุสลิมใน 4 จังหวัดชายแดนภาคใต้

3) เรื่องงบประมาณ หรือบุคลากร ถ้าหากมีปัญหาก็ค่อย ๆ แก้ไขไป แต่ที่สำคัญคือศาลอิสลามกลางที่สามารถคลี่คลายปัญหาความขัดแย้งได้ทั่วประเทศอย่างเสมอภาค

4) การมีศาลกลางจะเป็นการสร้างความเข้าใจที่ดีซึ่งกันและกัน สร้างความภาคภูมิใจ ความรักชาติ และจะเป็นประโยชน์ต่อส่วนรวมอย่างยิ่ง”

6. การจัดให้มีหน่วยงานจดทะเบียนสมรสและทะเบียนหย่าตามหลักกฎหมายอิสลาม ระดับความเห็นอยู่ในระดับมาก มีค่าเฉลี่ยเท่ากับ 4.40 ส่วนเบี่ยงเบนมาตรฐาน เท่ากับ 1.132 สอดคล้องกับข้อมูลการสัมภาษณ์และการประชุมสัมมนา โดยมีบางท่านเสนอความคิดเห็นว่าจะต้องมีองค์กรต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องรองรับการใช้กฎหมายอิสลามนอกเหนือจากองค์กรศาลด้วย เช่น องค์กรไกล่เกลี่ย องค์กรจดทะเบียนสมรสและทะเบียนหย่า ตลอดจนองค์กรหรือสถาบันฝึกอบรมกฎหมายอิสลาม และคณะกรรมการหรือสภาพัฒนาการปรับใช้กฎหมายอิสลาม เป็นต้นดังคำกล่าวของผู้ทรงคุณวุฒิที่ว่า

“ส่วนประเด็นการจัดตั้งองค์กรที่จะบังคับใช้กฎหมายอิสลามฯร่วมกับศาลนั้น เมื่อมีกฎหมายบัญญัติให้ใช้กฎหมายอิสลามฯนอกศาลแล้ว ก็ต้องเป็นหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐที่จะต้องไปจัดตั้งองค์กรดังกล่าว เช่น

กระทรวงมหาดไทยมีหน้าที่ต้องไปจัดตั้งสำนักงานจัดทะเบียนสมรสและการหย่าสำหรับมุสลิมโดยเฉพาะ เป็นต้น”

“ควรให้มีองค์กรรองรับการใช้กฎหมายอิสลามอย่างเป็นระบบ เช่น สำนักงานจดทะเบียนสมรส และอื่นๆให้เทียบเท่ากับสำนักทะเบียนของฝ่ายปกครอง อาจจะดำเนินการโดยสำนักงานคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดก็ได้ ถ้าไม่จัดให้มีองค์กรดังกล่าวก็เท่ากับว่า เสมือนไม่มีการยอมรับการใช้กฎหมายอิสลาม เพราะยังต้องอาศัยคำพิพากษาของศาลในการยืนยันสิทธิ”

7. การจัดให้มีองค์กรชี้ขาดปัญหาศาสนา (ฟัตวา) เพื่อส่งเสริมและพัฒนาการใช้กฎหมายอิสลามระดับความเห็นอยู่ในระดับมาก มีค่าเฉลี่ยเท่ากับ 4.23 ส่วนเบี่ยงเบนมาตรฐาน เท่ากับ 1.382 สอดคล้องกับข้อมูลการสัมภาษณ์และการประชุมสัมมนา โดยมีบางท่านเสนอความคิดเห็นว่าควรจัดให้มีองค์คณะหรือคณะกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิที่มีความรู้ให้คำปรึกษาแก่ดะโต๊ะยุติธรรม มิใช่เป็นคำตัดสินของดะโต๊ะยุติธรรมแต่ผู้เดียว แต่ต้องในนามองค์คณะ คำตัดสินที่ออกมาก็จะถือเป็นคำฟัตวาในเรื่องนั้น ๆ ไปด้วย

8. การกำหนดให้ทะเบียนสมรสและทะเบียนหย่าตามกฎหมายอิสลามมีผลผูกพันหน่วยงานต่าง ๆ ของรัฐโดยไม่ต้องอาศัยคำสั่งศาล ระดับความเห็นอยู่ในระดับมาก มีค่าเฉลี่ยเท่ากับ 4.37 ส่วนเบี่ยงเบนมาตรฐาน เท่ากับ 1.037 สอดคล้องกับข้อมูลการสัมภาษณ์และการประชุมสัมมนา โดยผู้ทรงคุณวุฒิส่วนใหญ่มีความเห็นว่าควรให้มีการปรับปรุง พ.ร.บ. การใช้กฎหมายอิสลาม โดยระบุให้ชัดเจนว่าการดำเนินการตามกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกมีความชอบธรรมและผูกพันหน่วยงานต่างๆ ของรัฐเช่นเดียวกับกรณีการปฏิบัติตามกฎหมายอื่น โดยมิต้องใช้คำสั่งศาล ดังคำกล่าวของผู้ทรงคุณวุฒิที่ได้สะท้อนปัญหาและแนวทางการพัฒนาในเรื่องนี้ว่า

“บัญญัติที่กล่าวกันว่า การใช้บังคับกฎหมายอิสลามมีเฉพาะในศาลนั้น เนื่องจาก พ.ร.บ.ว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลาม พ.ศ. 2489 ระบุไว้เช่นนั้น คือให้มีการใช้เฉพาะในศาล คณะกรรมการกฤษฎีกาก็ได้ตีความไว้เช่นนั้น เคยมีคดีขึ้นสู่ศาลเป็นการพิพาทระหว่างเอกชนกับเจ้าหน้าที่รัฐ กฤษฎีกาก็ได้ตีความว่า กรณีนี้นำกฎหมายอิสลามมาอ้างไม่ได้ จะใช้ได้ก็เฉพาะในศาล

> เท่านั้น ซึ่งการตีความของกฤษฎีกายุคนั้นก็มีผลผูกพันโดยได้มีการออกเป็นมติคณะรัฐมนตรีที่จะต้องปฏิบัติไปตามนั้น นี่คือปัญหาที่เกิดขึ้น คือ กรณีถ้าไม่มีข้อพิพาทและไม่มีการนำความขึ้นสู่ศาล หน่วยงานของรัฐก็จะไม่รับพิจารณาตามกฎหมายอิสลาม ทั้ง ๆ ที่มันเป็นข้อเท็จจริงเป็นความจริง เขาก็ไม่ยอมรับ ดังนั้น การเรียกร้องสิทธิตามกฎหมายนี้จึงต้องฟ้องศาลก่อนแล้วเอาคำพิพากษามายืนยันต่อหน่วยงานเขาถึงจะยอมรับ นี่คือ ข้อขัดข้องที่มีอยู่ในปัจจุบัน ซึ่งจะต้องได้รับการแก้ไขให้กฎหมายมีผลใช้บังคับไม่เฉพาะแต่ในศาล แต่ให้มีผลนอกศาลด้วย เพื่อจะได้ผูกพันหน่วยงานต่าง ๆ ของรัฐ”

ในขณะที่ ผู้ทรงคุณวุฒิบางท่านมีความเห็นว่า พระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลาม พ.ศ. 2489 มีผลบังคับได้อยู่แล้ว แต่เนื่องจากความไม่เข้าใจของเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติในส่วนราชการต่าง ๆ จึงทำให้เกิดปัญหา จึงเสนอแนะว่า ปัญหานี้สามารถแก้ได้โดยการสร้างความเข้าใจกับเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติในส่วนราชการต่าง ๆ ซึ่งในเบื้องต้นอาจดำเนินการโดย ศอบต. หรือ ให้ทางอำเภอ ออกกฎระเบียบต่าง ๆ รับรองการปฏิบัติ หรือการดำเนินการต่าง ๆ ตามกฎหมายอิสลามฯ ดังคำกล่าวของผู้ทรงคุณวุฒิที่ว่า

> “เรื่องนี้ ในทางทฤษฎีเห็นว่ากฎหมายมันผูกพันหน่วยงานของรัฐอยู่แล้ว เพราะกฎหมายมันคือกฎหมาย กฎหมายอิสลามและเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายไทย โดยผลของพระราชบัญญัติให้ใช้กฎหมายอิสลาม แต่ปัญหามันอยู่ที่เจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือบุคคลผู้มีหน้าที่ปฏิบัติตามกฎหมายมักไม่เข้าใจข้อนี้ กลับถือเอาว่าเป็นเรื่องคำวินิจฉัยของศาลซึ่งผูกพันคู่กรณีเท่านั้น ไม่มีผลผูกพันหน่วยงานของรัฐอื่น เว้นแต่จะนำเอาข้อพิพาทที่ศาลพิพากษาแล้วหรือไม่มีการพิพากษาแต่มีข้อยุติแล้ว มายันกับหน่วยงานของรัฐหรือบุคคลผู้ต้องปฏิบัติตามหน้าที่ดังกล่าว”

> ผู้ทรงคุณวุฒิบางท่านกล่าวสนับสนุนโดยให้เหตุผลเพิ่มเติมว่า “ในเรื่องนี้ศาลฎีกาได้วินิจฉัยเป็นแนวทางไว้แล้ว ได้แก่ คำพิพากษาฎีกาที่ 1355/2479 ระหว่าง นายตนกูฮาหมัด บินตำมะหยง, คุณหญิงหวันเต๊ะ ภูมินาถภักดี โจทก์นางตนกูสะฮาราห์จำเลย ตัดสินว่ากฎหมายอิสลามไม่ใช่กฎหมายต่างประเทศเป็นกฎหมายของไทย ดะโต๊ะยุติธรรมจะต้องใช้กฎหมาย

> อิสลามบังคับคดีเกี่ยวกับมรดกของคนถือศาสนาอิสลามและคดีที่ต้องใช้กฎหมายอิสลามบังคับนั้น เป็นหน้าที่ของศาลเป็นผู้ใช้กฎหมายบังคับแก่คู่ความ หาใช่เป็นหน้าที่ของคู่ความจะต้องนำสืบไม่ และคำพิพากษาฎีกาที่ 2812 - 2816/2525 ระหว่างนายสุนทร พงศ์กระพันธุ์ กับพวก โจทก์และบริษัทปัญญามิตร จำกัด จำเลย ประเด็นมีอยู่ว่าสามีภริยาแต่งงานกันโดยถูกต้องตามกฎหมายอิสลาม แต่ไม่ได้จดทะเบียนสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้ส่งลูกไปศึกษาต่อที่สงขลาและถูกรถชนถึงแก่ความตาย บิดาจึงฟ้องเรียกค่าเสียหาย ศาลชั้นต้นตัดสินว่าบิดาไม่มีสิทธิเรียกร้อง เนื่องจากเป็นสามีภริยาที่มิได้จดเบียนสมรสตามกฎหมาย สุดท้ายไปถึงศาลฎีกา ศาลฎีกาวินิจฉัยเรื่องนี้ลงมาว่า โจทก์ที่2 และโจทก์ที่ 3 เป็นผู้นับถือศาสนาอิสลามมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตจังหวัดยะลา ซึ่งได้มีพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ.2489 ซึ่งเป็นกฎหมายพิเศษให้ใช้บังคับแก่ผู้นับถือศาสนาอิสลามอันเกี่ยวด้วยครอบครัวและมรดก เฉพาะในสี่จังหวัดดังกล่าวแทนบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 บรรพ 6 เมื่อโจทก์ที่ 2 ที่ 3 นำสืบว่าได้แต่งงานเป็นสามีภรรยาโดยถูกต้องตามกฎหมายอิสลามซึ่งจำเลยมิได้นำสืบหักล้างจึงต้องฟังว่าโจทก์ที่ 2 และโจทก์ที่ 3 เป็นสามีภรรยาและเป็นบิดามารดาของบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายอันเป็นสิทธิเฉพาะตัวที่กฎหมายได้รับรองโดยมิต้องคำนึงว่าจะเกิดเป็นคดีพิพาทในจังหวัดใด ๆ ก็ตามและเมื่อมีผู้กระทำละเมิดเป็นเหตุให้บุตรของโจทก์ที่ 2 ที่ 3 ถึงแก่ความตายโจทก์ที่ 2 ที่ 3 ก็มีอำนาจฟ้องผู้กระทำละเมิดให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่โจทก์ได้ จึงกล่าวได้ว่าศาลฎีกายืนยันมาโดยตลอด แต่หน่วยงานอื่นไม่ค่อยได้รับรู้ จะต้องเผยแพร่ให้มากขึ้น”

อย่างไรก็ตาม ผู้ทรงคุณวุฒิบางท่านได้แสดงความเห็นแย้ง โดยได้ชี้ประเด็นปัญหาว่า เรื่องนี้เป็นปัญหาในเนื้อหาของกฎหมายด้วย มิใช่เพียงปัญหาเรื่องการใช้อำนาจรัฐ หรือวิธีการบังคับเท่านั้น การแก้ไขจึงต้องแก้ที่ตัวบทกฎหมายด้วย ดังคำกล่าวของผู้ทรงคุณวุฒิที่ว่า

> “ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายอิสลามใน ๔ จังหวัดชายแดนภาคใต้นั้น ต้องบอกว่าอยู่ที่กฎหมาย เพราะดังที่ทราบว่า พ.ร.บ. ว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลาม ปี พ.ศ. 2489 ระบุไว้เองว่า ให้มีการบังคับใช้ในการพิจารณาคดีของ

ศาล เพราะฉะนั้นจึงไม่มีผลผูกพันเจ้าหน้าที่ของรัฐอย่างแน่นอนถ้าตีความตามตัวบทก็จะเป็นเช่นนั้น มันก็ย่อมไม่มีผลผูกพันบังคับหน่วยงานภายนอกที่เกี่ยวข้อง ด้วยเหตุนี้ จึงขอให้ผู้วิจัยพิจารณาด้วยว่าจะแก้ปัญหานี้อย่างไร ซึ่งทางแก้ที่เห็นอยู่โดยตรงก็คือ ต้องไปแก้กฎหมายให้ชัดว่าไม่ใช้บังคับเฉพาะการพิจารณาคดีของศาล ซึ่งจะทำให้กฎหมายมีผลผูกพันกับทุกหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ซึ่งก็ถือเป็นวิธีแก้ทางหนึ่ง เพราะตัวบทกฎหมายบางทีไม่อาจแก้ได้ด้วยวิธีตีความเสมอไป เมื่อปัญหาอยู่ที่ตัวบทก็จะต้องแก้ที่ตัวบทนั้นเอง”

9. การจัดให้มีองค์กรพัฒนาบุคลากรฝ่ายตุลาการ ที่เกี่ยวข้องกับการบังคับใช้กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก ระดับความเห็นอยู่ในระดับมาก มีค่าเฉลี่ยเท่ากับ 4.29 ส่วนเบี่ยงเบนมาตรฐาน เท่ากับ 1.170 สอดคล้องกับข้อมูลการสัมภาษณ์และการประชุมสัมมนา โดยผู้ทรงคุณวุฒิส่วนใหญ่มีความเห็นว่าควรจัดให้มีองค์กรหรือสถาบันดังกล่าว เพื่อพัฒนาศักยภาพของบุคลากรด้านตุลาการและการเตรียมความพร้อมด้านกำลังบุคลากรเพื่อรองรับการขยายขอบเขตการใช้บังคับกฎหมายให้กว้างขวางยิ่งขึ้นต่อไป ดังคำกล่าวของผู้ทรงคุณวุฒิที่ว่า

“เนื่องจากปัญหาการขาดแคลนบุคลากรด้านตุลาการของศาลเฉพาะที่ใช้กฎหมายอิสลาม และเพื่อพัฒนาศักยภาพของบุคลากรด้านตุลาการให้มีขีดความสามารถเป็นที่ยอมรับ มีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องจัดให้มีสถาบันพัฒนาบุคลากรทางด้านตุลาการ และผู้เกี่ยวข้องอื่น ๆ รวมทั้งทนายความ”

“ควรให้สถาบันการศึกษาดำเนินการให้มีสถาบันพัฒนาผู้เกี่ยวข้องกับการบังคับใช้กฎหมายครอบครัวและมรดก”

“...และเห็นว่ามีความจำเป็นที่จะต้องเตรียมความพร้อมด้านกำลังบุคลากรก่อนที่จะเปิดขยายขอบเขตการใช้บังคับกฎหมายอิสลามหรือยกระดับขึ้นเป็นศาลชั้นอุทธรณ์ เพราะมิฉะนั้น จะกลายเป็นเสมือนดาบสองคมให้กับสังคมมุสลิมเอง เพราะเมื่อได้รับอนุมัติมุสลิมก็ไม่สามารถจะดำเนินการให้เป็นไปตามหลักกฎหมายอิสลามที่ถูกต้องได้และขณะเดียวกันก็จะถูกวิพากษ์วิจารณ์”

ในการพัฒนาบุคลากรทางด้านกฎหมายอิสลามนั้นผู้ทรงคุณวุฒิได้นำเสนอไว้หลายรูปแบบ เช่น การอบรมแบบเข้มข้น ซึ่งอาจจัดทำหลักสูตรเนติบัณฑิตทางด้านกฎหมายอิสลาม โดยให้สถาบันอุดมศึกษา เช่น มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์เป็นผู้รับผิดชอบหลักสูตร ดังคำกล่าวของผู้ทรงคุณวุฒิที่ว่า

> "ควรจัดให้มีการอบรมแบบเข้มข้นสำหรับดะโต๊ะยุติธรรมในด้านกฎหมายแพ่งไทยที่เกี่ยวข้องทั้งด้านสารบัญญัติและวิธีสบัญญัติ กำหนดหลักสูตรแทนที่เนติบัณฑิตสำหรับดะโต๊ะยุติธรรม ซึ่งเป็นลักษณะของการอบรมที่ความเข้มข้นและผู้เข้าอบรมต้องสอบผ่านตามเกณฑ์ที่กำหนด โดยให้สถาบันการศึกษาที่เปิดสอนสาขาวิชากฎหมายอิสลาม เช่นมหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์วิทยาเขตปัตตานี เป็นผู้รับผิดชอบในหลักสูตรนี้"

> "การจัดการอบรมหลักการทางกฎหมายน่าจะเป็นส่วนของ สำนักจุฬาราชมนตรีสำนักงานคณะกรรมกลางอิสลามแห่งประเทศไทย หรือสถาบันการศึกษา ซึ่งศาลอาจจะไม่ยุ่งเรื่องแบบนั้น"

10. การขยายขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายอิสลามให้ครอบคลุมมุสลิมทั่วประเทศ ระดับความเห็นอยู่ในระดับมาก มีค่าเฉลี่ยเท่ากับ 4.40 ส่วนเบี่ยงเบนมาตรฐาน เท่ากับ 1.246 สอดคล้องกับข้อมูลการสัมภาษณ์และการประชุมสัมมนา โดยผู้ทรงคุณวุฒิส่วนใหญ่มีความเห็นว่าควรขยายพื้นที่การบังคับใช้กฎหมายอิสลามให้ครอบคลุมทั่วประเทศในรูปแบบใดนั้นให้ดูความเหมาะสม เพื่อจะได้ไม่เกิดข้อคำถามขึ้นมาว่าเหตุใดรัฐจึงไม่อนุญาตให้มุสลิมซึ่งอาศัยอยู่ในจังหวัดอื่น ๆ บังคับใช้กฎหมายอิสลามเหมือนกับมุสลิมที่อาศัยอยู่ในสี่จังหวัดชายแดนภาคใต้ทั้งๆ ที่นับถือศาสนาเดียวกัน เหตุใดจึงมีความแตกต่างระหว่างมุสลิมในสองพื้นที่ดังกล่าว กรณีเมื่อมีการใช้บังคับแล้วจะมีผลบังคับให้มุสลิมทุกคนต้องตกอยู่ภายใต้กฎหมายอิสลามหรือมีสิทธิเลือกว่าจะใช้กฎหมายใดระหว่างกฎหมายอิสลามกับกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ผู้ทรงคุณวุฒิมีความเห็นแตกต่างกัน โดยส่วนใหญ่มีความเห็นว่าต้องบังคับให้มุสลิมทุกคนปฏิบัติตาม ในขณะที่ผู้ทรงคุณวุฒิบางท่านมีความเห็นว่าไม่ควรบังคับแต่ให้เป็นสิทธิเสรีภาพของแต่ละคน ดังคำกล่าวของผู้ทรงคุณวุฒิที่ว่า

“เรื่องการกำหนดขอบเขตการใช้กฎหมายอิสลามเพียง ๔ จังหวัดภาคใต้นี้ไม่เห็นด้วยอย่างยิ่ง จึงควรขยายให้ทั่วราชอาณาจักร เพราะเป็นเรื่องของศาสนา เรื่องกฎหมาย แต่ดูเหมือนรัฐจะเอาการเมืองเข้ามาเกี่ยวข้องมากเกินไป น่าจะขยายให้ครอบคลุมตั้งนานแล้ว เหมือนกับกฎหมายอื่น ๆ ของไทย”

“ควรให้มีการขยายขอบเขตการใช้กฎหมายอิสลามไปทั่วประเทศตามความเหมาะสม กล่าวคือให้ขยายการใช้กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกไปทั่วประเทศ แต่ศาลชะรีอะฮฺไม่จำเป็นต้องมีทุกจังหวัด สำหรับภาคใดที่มุสลิมมีจำนวนน้อย ให้ใช้วิธีจัดตั้งศาลชะรีอะฮฺให้มีขอบเขตอำนาจครอบคลุมหลายจังหวัด ทั้งนี้เพื่อจะได้ประหยัดงบประมาณของรัฐ”

“กฎหมายอิสลาม เป็นสิ่งที่ทุกคนที่เป็นมุสลิมต้องเคารพและปฏิบัติตาม ไม่ใช่ให้เลือกที่จะปฏิบัติหรือไม่ตามอำเภอใจ...”

“ควรให้มีการขยายขอบเขตการใช้กฎหมายอิสลามไปทั่วประเทศตามรูปแบบที่เหมาะสม เพราะการจำกัดการบังคับใช้กฎหมายอิสลามเพียงในสี่จังหวัดภาคใต้ทำให้เกิดข้อคำถามขึ้นมาว่าเหตุใดรัฐจึงไม่อนุญาตให้มุสลิมซึ่งอาศัยอยู่ในจังหวัดอื่นๆบังคับใช้กฎหมายอิสลามเหมือนกับมุสลิมที่อาศัยอยู่ในสี่จังหวัดชายแดนภาคใต้ทั้งๆ ที่นับถือศาสนาเดียวกัน เหตุใดจึงมีความแตกต่างระหว่างมุสลิมในสองพื้นที่ดังกล่าว”

ผู้ทรงคุณวุฒิบางท่านได้แสดงความเห็นแย้งว่าไม่ควรใช้กฎเหล็กในการบังคับใช้กฎหมายอิสลาม โดยกล่าวว่า “ทุกศาสนาคงไม่ได้ใช้กฎเหล็ก และใช้วิธีการจากเบาไปหาหนัก ท่านศาสดาในยามสงครามท่านก็ใช้กฎเช่นว่านี้ การที่คนหนึ่งประกาศตัวว่าเป็นไทยพุทธ คริสต์ หรือว่ามุสลิม มันก็ขึ้นอยู่กับว่าเขาได้ปฏิญาณตนไว้ว่าอย่างไร หากว่าคนที่จะมาวินิจฉัยว่าคนนั้นเป็นคนดีหรือไม่ดีคนเราก็รู้แค่เนื้อนอก เนื้อใน

เป็นเรื่องของจิตใจ ผมเองก็ทราบจากคัมภีร์อัลกุรอานว่า "พระองค์ทรงรู้ในจิตใจของเจ้าดีและไม่มีใครรู้เท่า" ดังนั้น ข้ออนุโลมในศาสนานั้นมีมากเหลือเกิน ด้วยเหตุนี้ ในการตัดสินความก็ดี ในการนำเรื่องสู่ศาลก็ดี เสรีภาพมันมีอยู่แล้ว ถ้าเราใช้กฎเหล็กศาสนาไม่เจริญแน่ ๆ และศาสนาไม่เจริญเพราะคนที่นำศาสนามาใช้โดยไม่รู้เนื้อในของศาสนา"

11. วิธีพิจารณาความตามกฎหมายอิสลามควรเป็นแบบกล่าวหา หรือไต่สวน เนื่องจากวิธีพิจารณาของศาลโดยทั่วไปนั้นไม่เหมือนกันและส่วนใหญ่นิยมใช้สองระบบ คือ ระบบกล่าวหาและระบบไต่สวน ในระบบศาลอิสลามมิได้กำหนดตายตัวว่าต้องเป็นแบบกล่าวหาหรือไต่สวน เพียงแต่ต้องสามารถทำให้เกิดความยุติธรรมกับทุกฝ่ายได้ ดังอัลลอฮฺตรัสไว้ในอัลกุรอานความว่า **"และเมื่อพวกเจ้าตัดสินในระหว่างผู้คน พวกเจ้าก็จะต้องตัดสินด้วยความยุติธรรม"**[1] ท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ ในฐานะศาสนทูตผู้ได้รับโองการอัลกุรอานและถูกบัญชาให้ดำรงไว้ซึ่งความยุติธรรมในหมู่มวลมนุษย์ ท่านได้อบรมสั่งสอนเกี่ยวกับกฎเกณฑ์แห่งการพิพากษาและการดำเนินคดีที่จะนำไปสู่เป้าหมายดังกล่าว ตลอดจนแนวทางปฏิบัติของผู้พิพากษาในการพิจารณาคำฟ้องและการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีแก่เหล่าเศาะฮาบะฮฺ อาทิ ท่านนบีมุฮัมมัดﷺ สอนว่าทุกคำฟ้องจะต้องมีประจักษ์พยานที่ชัดเจนเพื่อยืนยันความสัจจริงของฝ่ายโจทก์ และการฟ้องใดกระทำโดยไม่มีพยานหลักฐานก็จะไม่ได้รับการพิจารณา กรณีเช่นนี้ จำเลยสามารถทำการสาบานเพื่อให้พ้นข้อกล่าวหาตามฟ้องได้ ดังปรากฏในหะดีษ เล่าจากอิบนุอับบาส ความว่า **"หากแม้นมนุษย์ได้รับทุกสิ่งตามคำฟ้องของพวกเขา แน่นอนผู้คนย่อมยื่นคำฟ้องเพื่อเรียกร้องสิทธิในเลือดเนื้อและทรัพย์สินของผู้อื่น ทว่าการสาบานก็ยังคงเป็นสิทธิของจำเลย"**[2] ดังนั้น โจทก์ย่อมมีหน้าที่ที่จะต้องนำสืบพยานหลักฐานซึ่งคล้ายคลึงกับระบบกล่าวหา และในขณะเดียวกันก็ไม่มีข้อห้ามในการที่ศาลหรือผู้พิพากษาจะทำการสืบหาพยานหลักฐานได้เอง นอกจากนั้น ในระบบศาลอิสลามมีลักษณะการพิจารณาเฉพาะสำหรับคดีบางประเภท เช่น คดีเกี่ยวกับลิอานซึ่งเป็นคดีที่สามีกล่าวโทษภริยาของตนว่าเป็นชู้กายชายอื่นโดยไม่มีพยานหลักฐาน ดังปรากฏในอัลกุรอานซูเราะฮฺอันนูร : 6-9[3] ด้วยเหตุนี้ วิธีพิจารณา

---

[1] ความหมายอัลกุรอานซูเราะฮฺอันนิซาอฺ : 58.

[2] ความหมายของหะดีษบันทึกโดยมุสลิม หะดีษหมายเลข 1711.

[3] อัลกุรอานซูเราะอัลนูร 6-9 ความว่า : และบรรดาผู้กล่าวโทษภรรยาของพวกเขาและสำหรับพวกเขาไม่มีพยานนอกจากตัวของเขาเองก็ให้การเป็นพยานของคนหนึ่งในพวกเขากล่าวสาบานสี่ครั้งด้วยพระนามของอัลลอฮฺแท้จริงเขาเป็นหนึ่งในหมู่ผู้พูดจริง (6) และครั้งที่ห้าให้เขากล่าวว่าแท้จริงการสาปแช่งของอัลลอ

คดีตามกฎหมายอิสลามจึงไม่ควรกำหนดว่าเป็นแบบระบบไต่สวนหรือกล่าวหา แต่ควรกำหนดว่าเป็นวิธีพิจารณาแบบอิสลาม ดังที่ผู้ทรงคุณวุฒิบางท่านได้แสดงความคิดเห็นไว้ดังนี้

> "ผมเห็นว่า หลักกฎหมายชะรีอะฮฺมันมีวิธีพิจารณาของมันอยู่แล้ว เช่น เรื่อง "ลิอาน" มันมีระบบวิธีการสาบาน หรืออื่น ๆ ฉะนั้นผมอยากให้ใช้วิธีเฉพาะตามหลักชะรีอะฮฺก่อน ถ้าไม่มีค่อยมาว่ากันว่าจะใช้การไต่สวน กล่าวหา หรือว่าผสมผสานระหว่างไต่สวนและกล่าวหา เพราะหลักชะรีอะฮฺมีแล้วแทบทุกเรื่องเกี่ยวกับวิธีในการพิจารณาคดี"

12. การบังคับใช้กฎหมายอิสลามในชุมชนมุสลิมเป็นเสรีภาพที่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย เพราะถือเป็นการปฏิบัติตามศาสนบัญญัติตามมาตรา 37[1]และอาจถือเป็นสิทธิของชุมชนในการอนุรักษ์หรือฟื้นฟูจารีตประเพณีภูมิปัญญาท้องถิ่นมาตรา 66[2] ดังนั้นชุมชนมุสลิมจึงสามารถบังคับใช้กฎหมายอิสลามได้ภายใต้กรอบหลักเกณฑ์และบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ดังที่ผู้ทรงคุณวุฒิได้เสนอความคิดเห็นเกี่ยวกับเรื่องนี้ไว้ในการให้สัมภาษณ์และการประชุมสัมมนา แม้ว่าในรายละเอียดเกี่ยวกับกฎหมายอิสลามกับจารีตประเพณีของท้องถิ่นผู้ทรงคุณวุฒิจะมีความคิดเห็นที่แตกต่างกัน โดยส่วนหนึ่งเห็นว่ากฎหมายอิสลามเป็นกฎหมายแห่งพระเจ้าไม่ใช่จารีตประเพณี จึงไม่สามารถบังคับใช้กฎหมายอิสลามโดยอาศัยหลักสิทธิชุมชนตามมาตรา 66ในขณะที่ผู้ทรงคุณวุฒิอีกส่วนหนึ่งเห็นว่าชุมชนมุสลิมสามารถใช้สิทธิชุมชนในการ

ฮฺจงมีแด่เขาหากเขาเป็นผู้ที่กล่าวเท็จ (7)และพวกเขาจะทำให้นางพ้นจากการลงโทษต่อเมื่อนางกล่าวสาบานสี่ครั้งด้วยพระนามอัลลอฮฺว่าเขาเป็นหนึ่งในหมู่ผู้กล่าวเท็จ (8) และครั้งที่ห้าให้นางกล่าวว่าแท้จริงความกริ้วของอัลลอฮฺจงมีแด่นางหากเขาเป็นหนึ่งในหมู่ผู้พูดจริง (9)

[1] มาตรา 37 "บุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ในการถือศาสนานิกายของศาสนาหรือลัทธินิยมในทางศาสนาและย่อมมีเสรีภาพในการปฏิบัติตามศาสนธรรมศาสนบัญญัติหรือปฏิบัติพิธีกรรมตามความเชื่อถือของตนเมื่อไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อหน้าที่ของพลเมืองและไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

ในการใช้เสรีภาพตามวรรคหนึ่งบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครองมิให้รัฐกระทำการใดๆอันเป็นการรอนสิทธิหรือเสียประโยชน์อันควรมีควรได้เพราะเหตุที่ถือศาสนานิกายของศาสนาลัทธินิยมในทางศาสนาหรือปฏิบัติตามศาสนธรรมศาสนบัญญัติหรือปฏิบัติพิธีกรรมตามความเชื่อถือแตกต่างจากบุคคลอื่น"

[2] มาตรา 66 "บุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชนชุมชนท้องถิ่นหรือชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม ย่อมมีสิทธิอนุรักษ์หรือฟื้นฟูจารีตประเพณีภูมิปัญญาท้องถิ่นศิลปวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่นและของชาติและมีส่วนร่วมในการจัดการการบำรุงรักษาและการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ สิ่งแวดล้อม รวมทั้งความหลากหลายทางชีวภาพอย่างสมดุลและยั่งยืน"

บังคับใช้กฎหมายอิสลามตามมาตรา 66 ได้เมื่อมีคุณลักษณะและเงื่อนไขตามที่กฎหมายกำหนดดังคำกล่าวของผู้ทรงคุณวุฒิที่ว่า

> "คิดว่ากฎหมายอิสลามกับจารีตประเพณีไม่ตรงกันแบบสอดคล้องทีเดียว เพราะกฎหมายอิสลามไม่ใช่จารีตประเพณี ยิ่งกว่านั้นจารีตประเพณีบางอย่างขัดแย้งต่อกฎหมายอิสลาม ดังนั้นคงไม่ตรงกันเลยทีเดียว แต่ถ้าจะเอามาใช้ก็ได้เพียงแต่เป็นกรอบแนวทางหรือเป็นตัวช่วยในการขับเคลื่อนการใช้กฎหมายอิสลามให้มีการบังคับใช้อย่างเป็นระบบมากขึ้น"

> "เห็นด้วยกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ และเห็นว่ามุสลิมควรใช้สิทธิตามมาตรานี้ได้ในการเรียกร้องให้มีการใช้กฎหมายอิสลาม เพราะกฎหมายอิสลามเป็นวิถีชีวิต และเป็นกฎหมายที่ยอมรับจารีตประเพณี แม้ว่ากฎหมายทั้งหมดจะมิใช่จารีตประเพณีก็ตาม แต่ทั้งนี้ต้องกำหนดไว้ให้ชัดเจนว่าต้องเป็นจารีตประเพณีที่ไม่ขัดต่อหลักการทั่วไปในอิสลามด้วย"

> "สิทธิของชุมชนตามมาตรา 66 แห่งรัฐธรรมนูญไทยข้างต้นไม่มีความเกี่ยวข้องกับการบังคับใช้กฎหมายอิสลามของชาวมุสลิมแต่อย่างใด เนื่องจากการบังคับใช้กฎหมายอิสลามของชาวมุสลิมเป็นเสรีภาพด้านศาสนา ในขณะที่สิทธิชุมชนตามมาตรา 66 เกี่ยวข้องกับการอนุรักษ์หรือฟื้นฟูจารีตประเพณีฯ ซึ่งเป็นเรื่องต่างหากกับศาสนา"

> "สิทธิของชุมชนตามมาตรา 66 แห่งรัฐธรรมนูญไทยข้างต้นไม่มีความเกี่ยวข้องกับการบังคับใช้กฎหมายอิสลามของชาวมุสลิมแต่อย่างใด เนื่องจากสิทธิชุมชนตามมาตรา 66 นั้นมิได้บัญญัติถึงการยกเว้นในการบังคับใช้กฎหมายอิสลาม เนื่องจากกฎหมายอิสลามมิใช่จารีตประเพณีดังที่มาตรา 66 ระบุไว้"

5.4 รูปแบบที่เหมาะสมขององค์กรศาลและดะโต๊ะยุติธรรม

ผลการวิเคราะห์ข้อมูลเกี่ยวกับรูปแบบที่เหมาะสมขององค์กรศาลและดะโต๊ะยุติธรรมในประเทศไทยได้วิเคราะห์ข้อมูลในประเด็นเกี่ยวกับการใช้ชื่อ "ศาลชะรีอะฮฺ"และชื่ออื่นที่เหมาะสมแทนชื่อศาลชะรีอะฮฺรูปแบบของศาลที่เหมาะสม สถานภาพและขอบเขตอำนาจหน้าที่ของดะโต๊ะยุติธรรม การอุทธรณ์ฎีกาคำพิพากษาของดะโต๊ะยุติธรรม การประจำอยู่ในศาลอุทธรณ์หรือศาลฎีกาของดะโต๊ะยุติธรรมผู้พิพากษาสมทบในศาลที่ใช้กฎหมายอิสลามคุณสมบัติที่เหมาะสมเพิ่มเติมของดะโต๊ะยุติธรรม การโยกย้ายดะโต๊ะยุติธรรม การคัดค้านการปฏิบัติหน้าที่ของดะโต๊ะยุติธรรมการจัดทำคู่มือจริยธรรมสำหรับดะโต๊ะยุติธรรมหน่วยงานที่ควรมีส่วนร่วมในกระบวนการใช้กฎหมายอิสลามการจัดให้มีระบบไกล่เกลี่ยและระงับข้อพิพาททางเลือกด้วยวิถีทางอิสลาม และผู้ไกล่เกลี่ย โดยได้นำเสนอข้อมูลเชิงปริมาณในรูปแบบของตาราง จำนวน ร้อยละ ประกอบด้วยข้อมูลจากการสัมภาษณ์และการประชุมสัมมนาดังนี้

ตารางที่ 4 จำนวนและร้อยละของความคิดเห็นเกี่ยวกับความเหมาะสมในการใช้ชื่อ"ศาลชะรีอะฮฺ" ในบริบทของประเทศไทย

ความคิดเห็น	จำนวน	ร้อยละ
1. เหมาะสมมาก	23	27.7
2. เหมาะสม	31	37.3
3. ไม่แน่ใจ	6	7.2
4. ไม่ทราบ	3	3.6
5. ไม่เหมาะสม	16	19.3
รวม	**79**	**95.2**

จากตารางที่ 4 พบว่า ผู้ตอบแบบสอบถามส่วนใหญ่มีความคิดเห็นว่า เหมาะสม คิดเป็นร้อยละ 37.3 รองลงมาคือ เห็นว่าเหมาะสมมาก คิดเป็นร้อยละ 27.7 ส่วนผู้ที่มีความเห็นว่าไม่เหมาะสม คิดเป็นร้อยละ 19.3สอดคล้องกับความคิดเห็นของผู้ทรงคุณวุฒิจากการสัมภาษณ์และการประชุมสัมมนา โดยผู้ทรงคุณวุฒิส่วนใหญ่ที่ให้สัมภาษณ์และเข้าร่วมประชุมสัมมนามีความเห็นที่หลากหลายยืดหยุ่นมิได้เจาะจงว่าเป็นชื่อหนึ่งชื่อใดโดยเฉพาะผู้ทรงคุณวุฒิบางท่านเสนอว่า อาจใช้ชื่อว่า ศาลแผนกคดีครอบครัวและมรดกอิสลาม บ้างก็มีความเห็นว่า ให้ชื่อ ศาลชะรีอะฮฺ แต่ส่วนใหญ่มีความเห็นว่าชื่ออะไรก็ได้ ดังเช่นคำกล่าวของผู้ทรงคุณวุฒิที่ว่า

"เห็นด้วยกับการใช้ชื่อศาลชะรีอะห์ และควรเป็นแผนกหนึ่งของศาลจังหวัดเหมือนเดิม"

"ในเรื่องชื่อศาลนี้ผมคิดว่าน่าจะให้ใช้ชื่อเป็นภาษาไทย"

"เรื่องเกี่ยวกับชื่อศาลที่เหมาะสม ผมคิดว่า เราเป็นคนไทยอยู่ในประเทศไทย ชื่อมีความสำคัญเพราะมันจะบอกความหมาย ผมว่าชื่อ "ศาลอิสลาม" น่าจะดีที่สุด เพราะถ้าใช้ "ศาลชะรีอะฮฺ" หลายคนไม่รู้เรื่อง ต้องอธิบาย
"สำหรับเรื่องชื่อนั้น ... ถ้ามุสลิมตั้งศาลชะรีอะฮฺ กลัวว่าบางทีอาจจะมีเสียงออกมาว่าจะมีการตั้งศาลพุทธด้วยบ้าง เราก็ควรที่จะหลีกเลี่ยงการปะทะให้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้ แม้ว่าจะทำให้คำนี้ (ชะรีอะฮฺ) เป็นที่รู้จักและเข้าใจ แต่คล้ายเป็นดาบสองคมที่เราควรต้องระวัง จึงเห็นว่าควรใช้ชื่อที่สามารถรับได้ทุกฝ่าย"

ตารางที่ 5 จำนวนและร้อยละของชื่อที่ได้รับการเสนอแทนชื่อ "ศาลชะรีอะฮฺ"

ชื่อที่ควรเป็น	จำนวน	ร้อยละ
1. ศาลอิสลาม	3	3.6
2. ศาลครอบครัวและมรดกอิสลาม	20	24.1
3. ศาลครอบครัวและมรดกมุสลิม	6	7.2
4. อื่นๆ ระบุ	5	6.0
4.1 ชื่อ ศาลคดีชะรีอะฮฺ		
4.2 ชื่อ ศาลแผนกครอบครัวและมรดกอิสลาม		
4.3 ชื่อ ศาลชะรีอะฮฺครอบครัวและมรดก		
4.4 ชื่อ ศาลอิสลามเพื่อการไกล่เกลี่ยและสมานฉันท์		
4.5 ชื่อ ศาลชะรีอะเกี่ยวกับครอบครัวและมรดกมุสลิม		
รวม	**34**	**41.0**

จากตารางที่ 5 พบว่า ผู้ตอบแบบสอบถามส่วนใหญ่เห็นว่าควรจะใช้ชื่อ "ศาลครอบครัวและมรดกอิสลาม" คิดเป็นร้อยละ 24.1 รองลงมาคือ "ศาลครอบครัวและมรดกมุสลิม" คิดเป็นร้อยละ 7.2คล้ายคลึงกับความคิดเห็นของผู้ทรงคุณวุฒิจากการสัมภาษณ์และการ

ประชุมสัมมนา โดยผู้ทรงคุณวุฒิบางท่านเสนอว่าควรใช้ชื่อ ศาลแผนกคดีครอบครัวและมรดกอิสลาม บางท่านเสนอให้ใช้ชื่อภาษาไทยที่สื่อความหมายได้ถูกต้อง ในขณะที่บางท่านมีความเห็นว่าควรต้องให้มีเอกลักษณ์ไว้ด้วยหากจำเป็นก็อาจจะต้องใช้ชื่อสองภาษา ดังคำกล่าวของผู้ทรงคุณวุฒิที่ว่า

> "เรื่องชื่อจะต้องใช้คำที่สื่อความหมายที่ดีที่สุด ซึ่งบางทีก็อาจจะหนีไม่พ้นที่จะต้องวงเล็บเพื่ออธิบายแยกแยะให้ต่างไปจากศาลอื่น หรือไม่ก็อาจจะชื่อภาษาไทยชื่อหนึ่งและชื่อภาษาอังกฤษหรือภาษาต่างประเทศอีกชื่อหนึ่ง แล้วก็เขียนไว้ในกฎหมายให้ชัดเจนว่าใช้ชื่ออย่างไร"

ตารางที่ 6 จำนวน และร้อยละ ของข้อคิดเห็นเกี่ยวกับรูปแบบศาลเฉพาะที่เหมาะสมในการใช้กฎหมายอิสลาม

ความคิดเห็น	จำนวน	ร้อยละ
1. ศาลเอกเทศที่มีอำนาจเบ็ดเสร็จในการพิจารณาพิพากษาคดี	30	36.1
2. เป็นแผนกหนึ่งของศาลยุติธรรม (ศาลจังหวัด)	29	34.9
3. เป็นศาลชำนัญพิเศษภายใต้โครงสร้างของศาลยุติธรรม	17	20.5
4. อื่นๆ	1	1.2
รวม	77	92.8

จากตารางที่ 6 พบว่า ผู้ตอบแบบสอบถามส่วนใหญ่เห็นว่ารูปแบบศาลเฉพาะที่เหมาะสมในการใช้กฎหมายอิสลาม คือ ศาลเอกเทศที่มีอำนาจเบ็ดเสร็จในการพิจารณาพิพากษาคดี และเป็นแผนกหนึ่งของศาลยุติธรรม (ศาลจังหวัด) คิดเป็นร้อยละ 36.1 และ 34.9 ตามลำดับ รองลงมาคือ เห็นว่าควรเป็นศาลชำนัญพิเศษภายใต้โครงสร้างของศาลยุติธรรม คิดเป็นร้อยละ 20.5 และอื่นๆ คิดเป็นร้อยละ 1.2คล้ายคลึงกับความคิดเห็นของผู้ทรงคุณวุฒิจากการสัมภาษณ์และการประชุมสัมมนา ที่ส่วนใหญ่มีความเห็นว่าควรจัดเป็นแผนกหนึ่งของศาลยุติธรรมไปพลางก่อน เพื่อประหยัดงบประมาณและค่อย ๆ ขยายเพิ่มเติมไปตามความจำเป็น โดยจะต้องคำนึงถึงความเป็นอิสระ สามารถบังคับใช้กฎหมายอิสลามได้อย่างครบถ้วนตลอดกระบวนการและเพิ่มอำนาจของดะโต๊ะยุติธรรมในการพิจารณาและพิพากษาทั้งข้อกฎหมายและข้อเท็จจริง ดังคำกล่าวของผู้ทรงคุณวุฒิที่ว่า

“องค์กรศาลที่เหมาะสม ในเบื้องต้นควรจัดเป็นแผนกหนึ่งของศาลยุติธรรมก่อน เพื่อประหยัดงบประมาณและค่อย ๆ ขยายเพิ่มเติมไปตามความจำเป็น และเห็นควรให้มีการจัดตั้งเป็นเขตหรือภาค โดยถือรวมจังหวัดที่มีจำนวนประชากรมุสลิม หรือจำนวนมัสยิดมากพอสมควรที่จะจัดตั้งศาลได้เป็นศูนย์กลาง และมีเขตอำนาจครอบคลุมจังหวัดใกล้เคียงด้วย เพื่อที่มุสลิมทุกคนจะได้ใช้สิทธิ์ของตนตามกฎหมายอิสลามได้อย่างเสมอภาค”

“โดยอาจกำหนดให้จังหวัดที่มีกรรมการอิสลามประจำจังหวัดทั่วประเทศมีศาลแผนกสำหรับการใช้กฎหมายอิสลามทุกจังหวัด ไม่ใช่เฉพาะ 4 จังหวัดภาคใต้ ถ้าหากงบประมาณไม่เพียงพอ ก็สามารถจัดตั้งเท่าที่ทำได้ก่อน โดยรวมกลุ่มจังหวัดต่าง ๆ ในบริเวณใกล้เคียงกันเป็น 1 พื้นที่ เช่น ตราด ระยอง ชลบุรี อาจตั้งขึ้นที่จังหวัดชลบุรี และฉะเชิงเทรา นครนายก ปราจีนบุรี สระแก้ว ก็ตั้งอีกสักแห่งหนึ่งที่ฉะเชิงเทรา คล้ายกับศาลแรงงาน หรือในเบื้องต้นอาจจะตั้งเป็นศาลกลางเพียงศาลเดียวมีอาณาเขตครอบคลุมทั่วประเทศ นอกจาก 4 จังหวัดภาคใต้ เป็นต้น”

“รูปแบบที่เหมาะสมขององค์กรศาลที่ใช้กฎหมายอิสลามนั้นควรอยู่ในรูปแบบศาลเฉพาะที่ใช้กฎหมายอิสลาม ... รูปแบบศาลที่เป็นไปได้มากที่สุดในขณะนี้คือเป็นแผนกหนึ่งของศาลจังหวัด แต่ถ้าจะให้ดีกว่านี้ต้องเป็นศาลชำนัญพิเศษ เหมือนกับศาลแรงงาน ศาลภาษีอากร”

“การที่จะตั้งศาลใหม่เป็นเอกเทศเป็นเรื่องยาก แต่ถ้าขึ้นกับศาลจังหวัดอาจจะเป็นแผนกคดีครอบครัวและมรดกอิสลามของศาลจังหวัดอันนี้เป็นไปได้ เพื่อไม่ให้เกิดปฏิกิริยาจากภายนอก หากแยกเป็นเอกเทศ”

“ผมเห็นด้วยกับการตั้งแผนกศาลชะรีอะฮฺเป็นแผนกหนึ่งของศาลจังหวัด จึงไม่น่ามีปัญหาเรื่องงบประมาณ และประหยัดบุคลากร”

ตารางที่ 7 จำนวน และร้อยละของความคิดเห็นเกี่ยวกับสถานภาพของดะโต๊ะยุติธรรมหากมีการจัดตั้งศาลเฉพาะที่ใช้กฎหมายอิสลาม

สถานภาพของดะโต๊ะ	จำนวน	ร้อยละ
1. คงตามสถานภาพเดิม	17	20.5
2. มีสถานภาพเทียบเท่าผู้พิพากษาศาลชั้นต้น	58	69.9
3. อื่นๆ ระบุ 3.1 ชื่ออาจเรียกเป็นกอฎีเพื่อให้สอดคล้องกับหลักการอิสลาม 3.2 ใช้คำว่ากอฎีแทนผู้พิพากษาศาลชั้นต้น	4	4.8
รวม	**79**	**95.2**

จากตารางที่ 7พบว่า ผู้ตอบแบบสอบถามส่วนใหญ่เห็นว่าหากมีการจัดตั้งศาลเฉพาะที่ใช้กฎหมายอิสลาม ดะโต๊ะยุติธรรมควรมีสถานภาพเทียบเท่าผู้พิพากษาศาลชั้นต้น คิดเป็นร้อยละ 69.9 และรองลงมามีความเห็นว่าควรให้คงตามสถานภาพเดิม คิดเป็นร้อยละ 20.5 สอดคล้องกับความคิดเห็นของผู้ทรงคุณวุฒิจากการสัมภาษณ์และการประชุมสัมมนา โดยส่วนใหญ่มีความเห็นว่าควรให้ดะโต๊ะยุติธรรมมีสถานภาพเทียบเท่าผู้พิพากษา และเมื่อมีสถานภาพเทียบเท่าก็จำเป็นที่จะต้องมีระเบียบข้อบังคับต่าง ๆ ที่เหมือนหรือใกล้เคียงกันกับผู้พิพากษา เช่น คุณวุฒิ คุณสมบัติ เรื่องการแต่งตั้งโยกย้าย และอื่น ๆ ดังคำกล่าวของผู้ทรงคุณวุฒิที่ว่า

> “...ถ้าต้องการให้ดะโต๊ะยุติธรรมมีสถานภาพเช่นเดียวกับผู้พิพากษาก็ต้องเอาหลักเกณฑ์ของผู้พิพากษามาใช้คือมีการโยกย้ายหรือไม่เช่นนั้นกำหนดอายุเกษียณที่ 40 ปี หรือ 50 ปี หรือกำหนดเป็นวาระ เช่น ไม่ดำรงตำแหน่งติดต่อต่อกัน 2 วาระอย่างนี้เป็นต้น”

> “ผู้ทรงคุณวุฒิส่วนใหญ่จึงมีความเห็นสอดคล้องกันในประเด็นสถานภาพของดะโต๊ะยุติธรรมว่าควรมีการเปลี่ยนแปลงคุณสมบัติของผู้ที่จะมาเป็นดะโต๊ะยุติธรรม คือ ระดับการศึกษาขั้นต่ำปริญญาตรีด้านกฎหมายอิสลาม

ด้านสามัญควรจบชั้นปริญญาตรีนิติศาสตร์ หรือมัธยมศึกษาตอนปลายเป็นอย่างต่ำ และประเด็นการได้มาซึ่งดะโต๊ะยุติธรรมนั้น ผู้ทรงคุณวุฒิไม่เห็นด้วยกับการสมัครสอบเพียงอย่างเดียว แต่ควรจะมีหลักเกณฑ์ และขั้นตอนการคัดเลือกที่หลากหลายเพื่อให้ได้ผู้ที่มีความสามารถเหมาะสมที่สุด เช่น เคยทำงานในส่วนการไกล่เกลี่ยกี่ปี หรือทำงานการไกล่เกลี่ยมาก่อน และมีความรอบรู้เรื่องมัซฮับต่าง ๆ เป็นต้น

ตารางที่ 8 จำนวนและร้อยละของความเห็นเกี่ยวกับขอบเขตอำนาจหน้าที่ของดะโต๊ะยุติธรรมในทางคดี

ความคิดเห็น	จำนวน	ร้อยละ
1. ควรมีอำนาจหน้าที่เพียงให้คำปรึกษาข้อกฎหมายอิสลามแก่ผู้พิพากษา แต่ไม่มีอำนาจในการพิพากษา	10	12.0
2. ควรมีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดีตามหลักกฎหมายอิสลามเช่นเดียวกับผู้พิพากษา โดยไม่ต้องมีผู้พิพากษาอยู่ในองค์คณะ	27	32.5
3. ควรมีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดีตามหลักกฎหมายอิสลามเช่นเดียวกับผู้พิพากษา โดยให้มีผู้พิพากษาอยู่ในองค์คณะ	38	45.8
4. อื่นๆ	1	1.2
4.1 การพิพากษาคดีควรอยู่ในหลักการศาสนาโดยมีดะโต๊ะยุติธรรม		
4.2 ควรชี้แนะทางออกของข้อขัดแย้งเพื่อให้เกิดความพึงพอใจแก่คู่กรณีให้มากที่สุด ไม่ควรให้มีหน้าที่ชี้ขาดทางคดี		

จากตารางที่ 8 พบว่า ขอบเขตอำนาจหน้าที่ของดะโต๊ะยุติธรรมในทางคดี นั้นส่วนใหญ่เห็นว่า ควรมีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดีตามหลักกฎหมายอิสลามเช่นเดียวกับผู้พิพากษา โดยให้มีผู้พิพากษาอยู่ในองค์คณะ คิดเป็นร้อยละ 45.8 รองลงมาคือ ควรมีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดีตามหลักกฎหมายอิสลามเช่นเดียวกับผู้พิพากษา โดยไม่ต้องมีผู้พิพากษาอยู่ในองค์คณะ คิดเป็นร้อยละ 32.5 และ ควรมีอำนาจหน้าที่เพียงให้คำปรึกษาข้อกฎหมายอิสลามแก่ผู้พิพากษาแต่ไม่มีอำนาจในการพิพากษา คิดเป็นร้อยละ 12.0สอดคล้องกับความคิดเห็น

ของผู้ทรงคุณวุฒิจากการสัมภาษณ์และการประชุมสัมมนา โดยส่วนใหญ่มีความเห็นว่าควรให้ดะโต๊ะยุติธรรมมีอำนาจวินิจฉัยทั้งข้อกฎหมายและข้อเท็จจริง เพื่อให้สอดคล้องกับหลักการศาลในอิสลาม แต่มีบางท่านเสนอว่าการกำหนดให้ดะโต๊ะยุติธรรมมีอำนาจเฉพาะการวินิจฉัยข้อกฎหมายเหมาะสมแล้ว เพราะผู้พิพากษาได้ผ่านการศึกษาอบรมและมีความเชี่ยวชาญในการวินิจฉัยข้อเท็จจริงมากกว่าดะโต๊ะยุติธรรม นอกจากในกรณีถ้าหากได้มีการปรับปรุงพัฒนาคุณสมบัติและเงื่อนไขต่าง ๆ ของดะโต๊ะยุติธรรมให้สูงขึ้นเหมือนผู้พิพากษาหรือใกล้เคียงกันที่ประชุมสัมมนามีความเห็นพ้องกันว่าควรให้ดะโต๊ะยุติธรรมมีอำนาจวินิจฉัยทั้งข้อกฎหมายและข้อเท็จจริง ดังคำกล่าวของผู้ทรงคุณวุฒิที่ว่า

> “โดยหลักการแล้วดะโต๊ะยุติธรรมหรือกอฎีในระบบกฎหมายอิสลามนั้นจะต้องเป็นผู้พิพากษาซึ่งมีอำนาจพิจารณาทั้งในส่วนที่เป็นข้อกฎหมายและข้อเท็จจริง แต่เนื่องจากในช่วงแรกเริ่มอาจจะยังไม่มีผู้ดำรงตำแหน่งดะโต๊ะยุติธรรมที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านกฎหมาย การดำเนินกระบวนพิจารณาคดี ตลอดจนการสืบพยานในศาล จึงต้องกำหนดให้ผู้พิพากษาเป็นผู้ที่อำนาจในส่วนนี้ ดังนั้น ถ้าหากดะโต๊ะยุติธรรมเป็นผู้ที่มีความรู้ความสามารถก็สมควรอย่างยิ่งที่จะให้ดะโต๊ะยุติธรรมเป็นผู้มีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีทั้งในส่วนที่เป็นข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย ทั้งนี้ จะต้องมีการกำหนดคุณสมบัติของดะโต๊ะยุติธรรมเพิ่มขึ้นให้เหมาะสมอำนาจหน้าที่ที่เพิ่มขึ้นด้วย”

> “ควรจะต้องให้ดะโต๊ะยุติธรรมมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีเช่นเดียวกับผู้พิพากษา”

> “ผมเห็นด้วยที่จะให้ดะโต๊ะมีอำนาจในการวินิจฉัยทั้งข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายเนื่องจากดะโต๊ะอยู่ในบริบทของมุสลิม วิถีชีวิตเขาเช่นเดียวกับคู่ความ ดังนั้น ดะโต๊ะน่าจะรู้ข้อเท็จจริงต่าง ๆ ในขณะที่ผู้พิพากษาอาจจะไม่รู้โดยเฉพาะผู้พิพากษาที่เป็นคนต่างศาสนา มีวิถีชีวิตที่แตกต่างกัน ดังนั้น การจะเชื่อหรือจะฟังย่อมสู้คนในพื้นที่ที่มีวิถีชีวิตเดียวกันไม่ได้ หากให้ดะโต๊ะวินิจฉัยข้อเท็จจริงน่าจะทำให้การวินิจฉัยตรงตามความจริงได้มากกว่าผู้พิพากษา แต่ดะโต๊ะนั้นต้องมีความรู้มากขึ้นอย่างที่ท่านอาจารย์ว่า ต้องเพิ่มบริขารในการคัดเลือกดะโต๊ะมากขึ้น”

> “ในความเห็นผม คือ ไม่ต้องบัญญัติให้ดะโต๊ะมีอำนาจวินิจฉัยในข้อเท็จจริง คือบัญญัติเหมือนเดิมให้อำนาจวินิจฉัยข้อกฎหมายน่าจะเหมาะสมดีกว่า ในส่วนผู้พิพากษาเรามีความสามารถในการวินิจฉัยข้อเท็จจริงหลายเรื่องไม่เฉพาะคดีครอบครัวมรดก แต่รวมถึงคดีอื่น ๆ ด้วย ผู้พิพากษาจึงมีความช่ำชอง และเชื่อเหลือเกินว่าผู้พิพากษาต้องให้ความยุติธรรมอยู่แล้ว ในการวินิจฉัยแต่ละเรื่องเราไม่ได้ทิ้งดะโต๊ะ เราปรึกษาดะโต๊ะตลอดอยู่แล้ว จึงขอยืนยันว่าดะโต๊ะมีส่วนร่วมพิจาณาคดีอยู่แล้วจึงไม่จำเป็นต้องบัญญัติให้มันชัดเจนขนาดนั้น”

> “ต่อประเด็นนี้มีความชัดเจนว่าไม่สอดคล้องกับหลักกฎหมายอิสลาม ดังนั้นเมื่อไม่สอดคล้องแล้วเราจะคงไว้อย่างนั้น แล้วเราจะร่างกฎหมายอิสลามได้อย่างไร เรารู้แล้วว่ามันไม่ถูกเราจึงต้องทำให้ถูก เพราะดะโต๊ะยุติธรรมมาจากคำว่ากอฎี คือผู้ตัดสิน การที่จะตัดสินได้ต้องรู้ข้อเท็จจริงก่อน ส่วนการที่จะไปปรับคุณสมบัติให้เหมาะสมอย่างไรนั้นเป็นอีกเรื่องหนึ่ง...”

> “ผมเห็นว่าถ้าหากดะโต๊ะยุติธรรมเป็นอย่างปัจจุบันนี้ อำนาจหน้าที่ที่เป็นอยู่ในขณะนี้ก็คงเหมาะสมแล้ว แต่ที่เห็นต่างก็คือเมื่ออำนาจหน้าที่เปลี่ยนไปคุณสมบัติของดะโต๊ะก็ต้องเปลี่ยนไปเหมือนกัน คิดว่าทุกคนเห็นตรงกันตามนี้”

สำหรับความคิดเห็นของผู้ตอบแบบสอบถามส่วนหนึ่งที่เสนอให้ปรับคำว่า ดะโต๊ะยุติธรรม เป็น กอฎี เพื่อให้สอดคล้องกับหลักการอิสลามและเป็นที่รู้จักทั่วไปในโลกมุสลิม คิดเป็นร้อยละ 4.8 นั้น คล้ายคลึงกับ (ร่าง) พระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามฉบับที่เสนอโดย ส.ส. สตูล แต่แตกต่างจากความคิดเห็นของผู้ทรงคุณวุฒิในการวิพากษ์และการประชุมสัมมนา ซึ่งส่วนใหญ่มีความเห็นว่า ควรเปลี่ยนให้เป็นภาษาไทย คือให้ใช้คำว่า ผู้พิพากษา เพื่อบุคคลทั่วไปทุกคนสามารถเข้าใจได้ ดังคำกล่าวของผู้ทรงคุณวุฒิที่ว่า

“ร่างกฎหมายใหม่สี่ร่างนี้ มีร่างหนึ่งครับที่ไม่มีดะโต๊ะยุติธรรม แต่มี กอฎี เข้าใจว่าเป็นร่างของ ส.ส. สตูล แต่ทั้งสี่ร่างเหมือนกันคือ ให้ดะโต๊ะยุติธรรมมีอำนาจในการวินิจฉัยข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย”

“คำว่า ดะโต๊ะยุติธรรม เดิมทีคำนี้ในกฎหมายใช้คำว่าโต๊ะกอฎี หรือโต๊ะกาลี แล้วก็เปลี่ยนมาเป็นดะโต๊ะยุติธรรม ดังนั้นถ้าเดิมทีกฎหมายใช้คำว่าโต๊ะกอฎี ซึ่งแปลว่า ผู้พิพากษา ฉะนั้นจะเป็นไปได้หรือไม่ที่จะเปลี่ยนดะโต๊ะยุติธรรมมาใช้คำว่า “ผู้พิพากษา” เพื่อให้คนไทยทุกคนจะได้เข้าใจว่าดะโต๊ะยุติธรรมก็คือผู้พิพากษา”

“ประเด็นเรื่องเรียกชื่อดะโต๊ะยุติธรรม ผมเห็นควรเขียนระบุให้ชัดเจนไปเลยว่า ผู้พิพากษา...”

ตารางที่ 9 จำนวน ร้อยละ และเหตุผลประกอบความคิดเห็นเกี่ยวกับการจัดให้มีการอุทธรณ์หรือฎีกาคำวินิจฉัยชี้ขาดหรือคำพิพากษาของดะโต๊ะยุติธรรม

ความคิดเห็น	จำนวน	ร้อยละ	เหตุผล
สมควรมาก	32	38.6	- เพื่อเป็นการกลั่นกรองการวินิจฉัยของศาลชั้นต้น - จะได้มีการตรวจสอบการวินิจฉัย - จะได้มีบรรทัดฐานในการตัดสินคดีที่มีความสลับซับซ้อน - ดะโต๊ะยุติธรรมเคยมีการวินิจฉัยผิดพลาดมาแล้ว
สมควร	35	42.2	- เป็นการทบทวนคำตัดสินหากผู้ถูกพิพากษาไม่ได้รับความเป็นธรรม - ข้อผิดพลาดเกิดขึ้นได้เสมอ - ปัจจุบันดะโต๊ะยุติธรรมไม่มีองค์คณะเฉพาะ - เป็นการทบทวนคำวินิจฉัยที่อาจ

ความคิดเห็น	จำนวน	ร้อยละ	เหตุผล
			ผิดพลาดในศาลชั้นต้น - เป็นการรับรองหรือแก้ไขข้อผิดพลาด - เพื่อให้คู่กรณีที่เห็นว่ายังไม่เป็นธรรมมีโอกาสสู้คดีต่อไป - เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมสูงสุด - เป็นการกลั่นกรองขั้นหนึ่งแต่ถ้ามีหน่วยงานดำเนินการก่อนก็ไม่ต้องมีการอุทธรณ์ฎีกา
ไม่แน่ใจ	4	4.8	
ไม่ทราบ	0	0	
ไม่ควร	11	13.3	- คำพิพากษาของดะโต๊ะยุติธรรมเป็นอันสิ้นสุด - เป็นข้อกฎหมายอิสลามโดยเฉพาะไม่อาจเปลี่ยนแปลงได้ - เป็นคำพิพากษาตามหลักการของศาสนาตามประมวลหลักฐานที่อิสลามกำหนดจึงไม่เห็นสมควรให้มีการอุทธรณ์หรือ ฎีกาทั้งสิ้น - เป็นการดำเนินการตามหลักการอิสลาม - อาจจะทำให้คดียืดเยื้อได้

จากตารางที่ 9พบว่า ผู้ตอบแบบสอบถามส่วนใหญ่มีความเห็นว่าสมควรและสมควรมากในการจัดให้มีการอุทธรณ์หรือฎีกาคำวินิจฉัยชี้ขาดหรือคำพิพากษาของดะโต๊ะยุติธรรม คิดเป็นร้อยละ 38.6 และ 42.2 ตามลำดับ พร้อมให้เหตุผลดังแสดงในตารางที่ 8 สอดคล้องกับความคิดเห็นของผู้ทรงคุณวุฒิจากการสัมภาษณ์และการประชุมสัมมนา โดยส่วนใหญ่มีความเห็นว่าการพิจารณาของดะโต๊ะยุติธรรมเพียงครั้งเดียวอาจเกิดความผิดพลาดได้ จึงควรให้มีการอุทธรณ์ หรือ ฎีกา ส่วนจะอุทธรณ์ไปยังศาลอุทธรณ์หรือศาลฎีกาโดยตรงนั้นยังมีความเห็นที่แตกต่างกันอยู่บ้าง แต่ส่วนใหญ่เห็นว่าศาลที่มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาคดีตามกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัว

และมรดกนั้นควรมีสองชั้น คือ ศาลชั้นต้น และชั้นฎีกา นั่นย่อมหมายความว่าให้มีการจัดตั้งแผนกศาลชะรีอะฮฺในศาลฎีกาด้วย เพื่อพิจารณาอุทธรณ์คำพิพากษาของแผนกศาลชะรีอะฮฺชั้นต้น กล่าวคือให้ศาลชะรีอะฮฺประกอบด้วย 2 ชั้น ได้แก่แผนกศาลชะรีอะฮฺในศาลจังหวัดและแผนกศาลชะรีอะฮฺในศาลฎีกา และหากไม่มีการอุทธรณ์หรือฎีกาก็ควรจะต้องให้มีคณะกรรมการชุดหนึ่งกลั่นกรองคำวินิจฉัยของดะโต๊ะยุติธรรม ดังคำกล่าวของผู้ทรงคุณวุฒิที่ว่า

> "การพิจารณาของดะโต๊ะยุติธรรมเพียงครั้งเดียวอาจเกิดความผิดพลาดได้ จึงควรให้มีการอุทธรณ์ ฎีกา คำพิพากษาคดีตามกฎหมายอิสลามด้วย ทั้งนี้ถ้าหากกฎหมายอิสลามยินยอมให้กระทำได้ โดยอาจจะมีชั้นอุทธรณ์และสิ้นสุดที่ชั้นอุทธรณ์โดยไม่มีฎีกา แล้วแต่ความเหมาะสม"

> "ควรอุทธรณ์ไปยังศาลฎีกาโดยตรง ไม่ต้องผ่านศาลอุทธรณ์ เพื่อลดขั้นตอนและเพื่อความรวดเร็วในการดำเนินกระบวนการพิจารณาพิพากษาคดี"

> "ควรให้มีการอุทธรณ์คำวินิจฉัยของดะโต๊ะยุติธรรม ไปยังศาลฎีกาโดยตรง ไม่จำเป็นต้องผ่านศาลอุทธรณ์ ดังนี้ แสดงว่าต้องมีการจัดตั้งแผนกศาลชะรีอะฮฺในศาลฎีกา เพื่อพิจารณาอุทธรณ์คำพิพากษาของแผนกศาลชะรีอะฮฺชั้นต้น กล่าวคือให้ศาลชะรีอะฮฺประกอบ 2 ชั้น ได้แก่แผนกศาลชะรีอะฮฺในศาลจังหวัดและแผนกศาลชะรีอะฮฺในศาลฎีกา"

> "ผมมีความเห็นว่า กรณีของดะโต๊ะที่วินิจฉัยโดยใช้หลักการของศาสนา ผมมองว่าคำวินิจฉัยของดะโต๊ะก็น่าจะสิ้นสุดแล้ว แต่มันจะต้องเพิ่มความน่าเชื่อถือเข้าไปไม่น่าจะตัดสินแบบความรู้เดียวความคิดเดียว น่าให้มีองค์คณะหรือคณะกรรมการเป็นกลุ่มบุคคลที่มีความรู้ให้คำปรึกษาแก่ดะโต๊ะยุติธรรม..."

ผู้ตอบแบบสอบถามบางส่วนมีความเห็นว่าไม่สมควร และไม่แน่ใจในการให้มีการอุทธรณ์หรือฎีกาคำวินิจฉัยชี้ขาดหรือคำพิพากษาของดะโต๊ะยุติธรรมคิดเป็นร้อยละ13.3 และ 4.8 ตามลำดับ เนื่องจากเห็นว่าคำตัดสินของดะโต๊ะยุติธรรมเป็นอันสิ้นสุดตามหลักกฎหมายอิสลาม จึงไม่อาจอุทธรณ์หรือฎีกาได้ ทั้งอาจจะทำให้เกิดความล่าช้าอีกด้วย แตกต่างจากข้อมูลการสัมภาษณ์และประชุมสัมมนา ที่ผู้ทรงคุณวุฒิบางท่านมีความเห็นว่าการไม่อนุญาตให้อุทธรณ์หรือฎีกาเป็นสิ่งที่ไม่

สอดคล้องกับเจตนารมณ์แห่งกฎหมายอิสลามที่มุ่งให้ความความยุติธรรมและความถูกต้อง ดังเช่นคำกล่าวของผู้ทรงคุณวุฒิที่ว่า

> "ขอร่วมแสดงความคิดเห็นในกรณีคำวินิจฉัยของคะโต๊ะยุติธรรมให้ถือเป็นที่สุดนั้น มีเหตุการณ์บางกรณีในกฎหมายอิสลามยกตัวอย่างกรณีการซิฮาร ซึ่งหมายถึง การเปรียบภรรยาเป็นแม่ กรณีเช่นนี้ในทางหลักการหญิงชายคู่นั้นถือว่าขาดจากการเป็นสามีภรรยากัน ทีนี้เป็นเหตุการณ์จริงที่เกิดขึ้นในสมัยท่านเราะสูล (ศ็อลลัลลอฮุอะลัยฮิวะสัลลัม) ใน สูเราะฮฺ อัลมูญาดะละฮฺ อายะที่หนึ่ง มีสตรีชื่อนางเคาละห์ คู่ของนางก็เหมือนกับสามีภรรยาในบ้านเรามีเรื่องทะเลาะกันอยู่บ้างจนกระทั่งครั้งหนึ่งผู้เป็นสามีได้กล่าวเปรียบภรรยาเป็นแม่ อันหมายถึงสายสัมพันธ์ฉันสามีภริยาสิ้นสุดลงทันที ภรรยาตกใจมาก ในที่สุดก็ได้นำเรื่องไปร้องทุกข์ต่อท่านเราะสูล (ศ็อลลัลลอฮุอะลัยฮิวะสัลลัม) ซึ่งถ้าเปรียบเทียบท่านเราะสูลกับคะโต๊ะยุติธรรมเราจะเทียบกันไม่ได้ เพราะท่านเราะสูลเป็นผู้ที่เปี่ยมด้วยความรู้และเป็นผู้นำบัญญัติอิสลามท่านเราะสูลก็ได้วินิจฉัยว่า เธอนั้นเป็นที่ต้องห้ามแก่สามีแล้ว ซึ่งทำให้นางตกใจมาก ร้องไห้ คร่ำครวญและรู้สึกรับไม่ได้ต่อการวินิจฉัยนั้น นางก็กลับไปหาท่านเราะสูลอีกแล้วก็อ้างเหตุผลทุกอย่างท่านเราะสูลก็วินิจฉัยอีกว่าไม่ได้ ถึงอย่างไรเธอก็เป็นที่ต้องห้ามสำหรับเขา ในที่สุดก็มีวะห์ยูหรือวิวรณ์ ในซูเราะมุญาดะละฮฺ ตัดสินชี้ขาดผลของการหย่าระหว่างสามีภริยาคู่นี้ จากประวัติศาสตร์นี้ก็เป็นบทเรียนให้คนรุ่นหลังในแวดวงการศาลนำมาพิจารณาด้วย หรือสำหรับท่านผู้รู้ทุกท่านว่า จริงๆแล้วถ้าหากท่านจะพูดว่าหลักการอิสลามหรือกฎหมายอิสลามนั้นถือว่าเป็นที่สิ้นสุดสำหรับมุสลิมเราพูดได้ แต่ว่าถ้าหากว่าผู้ที่ตัดสินนั้นอาจจะมีคำวินิจฉัยที่บางครั้งต้องการการทบทวนซึ่งในขณะที่ท่านเราะสูลเองซึ่งเป็นนบีเป็นผู้ที่ได้รับคำชี้แจงจากพระเจ้าท่านยังต้องทบทวนแล้วถ้าเรานำประเด็นนี้มาปรับใช้เราจะทำอย่างไรให้ข้อวินิจฉัยเป็นที่สิ้นสุดเป็นที่ยอมรับและไม่อธรรมกับผู้ใด ขณะเดียวกันก็เห็นด้วยกับเรื่องที่ว่า ปัญหาที่เกิดขึ้นกับการหย่าร้าง การแต่งงาน การหมั้น อะไรต่างๆที่เกี่ยวกับครอบครัวสมควรดำเนินการให้ได้ข้อยุติโดยเร็ว"

ตารางที่ 10 จำนวน ร้อยละ และเหตุผลประกอบความคิดเห็นเกี่ยวกับการจัดให้มีดะโต๊ะยุติธรรมประจำอยู่ในศาลอุทธรณ์หรือศาลฎีกาในกรณีที่มีการจัดให้มีการอุทธรณ์หรือฎีกา

ความคิดเห็น	จำนวน	ร้อยละ	เหตุผล
สมควรมาก	32	38.6	- ดะโต๊ะยุติธรรมมีสภาพเทียบเท่าผู้พิพากษาในการตัดสินคดีตามหลักกฎหมายอิสลาม - ดะโต๊ะยุติธรรมจะได้รับประสบการณ์และข้อมูลเพิ่มเติม - เป็นการช่วยพิจารณาพิพากษาคดีอีกชั้นหนึ่งจนกว่าจะสิ้นสุดคดี - ดะโต๊ะยุติธรรมย่อมรู้เรื่องกฎหมายอิสลามดีกว่าผู้พิพากษาเป็นการเพิ่มความรอบคอบในการวินิจฉัยชี้ขาด - เพิ่มความน่าเชื่อถือของคำพิพากษา - สร้างความเชื่อมั่นให้แก่คู่ความ
สมควร	29	34.9	- จะได้มีส่วนในการทบทวนคำวินิจฉัย
ไม่แน่ใจ	7	8.4	
ไม่ทราบ	0	0	
ไม่ควร	9	10.8	- ในอิสลามส่งเสริมให้มีการพิจารณาพิพากษาให้สิ้นสุดในชั้นเดียว แม้ว่าจะไม่มีการห้ามโดยการอุทธรณ์ก็ตาม

จากตารางที่ 10พบว่า ผู้ตอบแบบสอบถามส่วนใหญ่เห็นว่าสมควรมาก และสมควร ในการจัดให้มีดะโต๊ะยุติธรรมประจำอยู่ในศาลอุทธรณ์หรือศาลฎีกาในกรณีที่มีการจัดให้มีการอุทธรณ์หรือฎีกา คิดเป็นร้อยละ 38.6 และ 34.9ตามลำดับ พร้อมได้ให้เหตุผลดังแสดงในตารางที่ 9สอดคล้องกับความคิดเห็นของผู้ทรงคุณวุฒิจากการสัมภาษณ์และการประชุมสัมมนา โดยส่วนใหญ่มีความเห็นว่าควรจะต้องจัดให้มีดะโต๊ะยุติธรรมประจำอยู่ในศาลอุทธรณ์หรือศาลฎีกาในกรณีที่มีการจัดให้มีการอุทธรณ์หรือฎีกาด้วย เพื่อที่จะให้การพิจารณาพิพากษาดำเนินไปตามหลักกฎหมายอิสลาม ทั้งนี้ ขั้นตอนการเลื่อนชั้นหรือการคัดเลือกดะโต๊ะยุติธรรมในศาลสูงสามารถกำหนดเช่นเดียวกับกรณีของผู้พิพากษา ดังเช่นคำกล่าวของผู้ทรงคุณวุฒิที่ว่า

“เห็นควรให้ดะโต๊ะยุติธรรมมีอยู่ในศาลสูงด้วย ทั้งนี้ ถ้าหากได้มีการเพิ่มชั้นศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีตามกฎหมายอิสลาม ส่วนขั้นตอนจะเป็นอย่างไรควรกำหนดเช่นเดียวกับการเลื่อนชั้นผู้พิพากษา”

“การจะให้มีดะโต๊ะในศาลอุทธรณ์หรือฎีกาเป็นเรื่องที่ไม่ง่าย แต่ถ้ามีได้ผมเห็นด้วย เพียงแต่จะเป็นไปได้แค่ไหน”

“ผมเห็นด้วย ควรจะมีดะโต๊ะในศาลสูง ซึ่งตรงนี้เราก็เลือกผู้ที่เหมาะสมเข้าไป ถึงเวลาก็เชิญท่านมาร่วมพิจารณามันน่าจะมีการทบทวนให้การพิจารณาคดีต่าง ๆ ถูกต้อง เพราะมิฉะนั้น คดีที่ขึ้นสู่ศาลอุทธรณ์แล้วไม่มีดะโต๊ะยุติธรรมแล้วศาลอุทธรณ์จะตัดสินคดีของมุสลิมด้วยอะไร ... สำหรับผมสนับสนุนให้มีดะโต๊ะยุติธรรมในศาลสูงด้วย จะได้วินิจฉัยกฎหมายได้ครอบคลุมและทบทวนการพิจารณาของดะโต๊ะศาลชั้นต้นนั้นด้วย”

ตารางที่11 จำนวน ร้อยละ และเหตุผล ประกอบความคิดเห็นเกี่ยวกับ การจัดให้มีผู้พิพากษาสมทบ ในศาลเฉพาะที่ใช้กฎหมายอิสลาม เช่นเดียวกับศาลเยาวชนและครอบครัว

ความคิดเห็น	จำนวน	ร้อยละ	เหตุผล
สมควรมาก	25	30.1	- ช่วยให้การพิพากษาคดีมีความยุติธรรมและถูกต้องตามหลักศาสนาอิสลาม - ป้องกันการผิดพลาด - น่าจะเป็นประโยชน์มากกว่าเพราะจะทำให้เกิดความเห็นที่เป็นข้อสังเกตบางประการอาจนำมาประกอบการตัดสินใจได้
สมควร	33	39.8	- ได้ช่วยกันพิจารณา - ทำให้กระบวนการมีความโปร่งใสและมีความน่าเชื่อถือมากยิ่งขึ้น - การตัดสินคดีเป็นที่ยอมรับ
ไม่แน่ใจ	10	12.0	- ไม่แน่ใจว่าผู้พิพากษาสมทบจะมีความรู้เรื่องกฎหมายอิสลามหรือไม่ - ผู้พิพากษาได้รับการคัดสรรหามาอย่างไร - ไม่ทราบบทบาทของผู้พิพากษาสมทบในกรณีนี้ เนื่องจากมีดะโต๊ะยุติธรรมวินิจฉัยกฎหมายและผู้พิพากษาในศาลเจ้าของสำนวนและองค์คณะพิจารณาคดีอยู่แล้ว
ไม่ทราบ	0	0	
ไม่ควร	13	15.7	- มีดะโต๊ะยุติธรรมอยู่แล้ว - จะทำให้การตัดสินมีหลายมาตรฐาน - ไม่มั่นใจในระบบสรรหาผู้มีคุณสมบัติ - มีดะโต๊ะยุติธรรมเป็นผู้เชี่ยวชาญแล้ว - ซ้ำซ้อนกับดะโต๊ะยุติธรรม

จากตารางที่ 11พบว่า ผู้ตอบแบบสอบถามส่วนใหญ่เห็นว่าสมควร และสมควรมากในการจัดให้มีผู้พิพากษาสมทบในศาลเฉพาะที่ใช้กฎหมายอิสลาม เช่นเดียวกับศาลเยาวชนและครอบครัว คิดเป็นร้อยละ 39.8 และ 30.1 ตามลำดับ ผู้ตอบแบบสอบถามส่วนน้อยเห็นว่าไม่สมควรและไม่แน่ใจ คิดเป็นร้อยละ 15.7 และ 12.0 ตามลำดับ พร้อมได้ให้เหตุผลประกอบดังแสดงในตารางที่ 14 คล้ายคลึงกับความคิดเห็นของผู้ทรงคุณวุฒิจากการสัมภาษณ์และการประชุมสัมมนา โดยส่วนหนึ่งมีความเห็นว่าควรให้มีผู้พิพากษาสมทบในศาลเฉพาะที่ใช้กฎหมายอิสลาม เช่นเดียวกับศาลเยาวชนและครอบครัวเพื่อจะได้ให้ข้อคิดเห็นและคำปรึกษาแก่ดะโต๊ะยุติธรรม และอีกส่วนหนึ่งมีความเห็นว่าไม่สมควร ถ้าหากมีการยกระดับสถานภาพและคุณสมบัติของดะโต๊ะยุติธรรมเทียบเท่าผู้พิพากษา เพราะดะโต๊ะยุติธรรมน่าจะมีความเชี่ยวชาญเพียงพอในการพิจารณาคดีครอบครัวและมรดกอิสลาม ดังคำกล่าวของผู้ทรงคุณวุฒิที่ว่า

> " สมควรที่จะให้มีผู้พิพากษาสมทบประจำอยู่ที่ศาลเฉพาะสำหรับการใช้กฎหมายอิสลามด้วย เพื่อจะได้ให้ข้อคิดเห็นและคำปรึกษาแก่ดะโต๊ะยุติธรรม ในขณะที่ผู้ทรงคุณวุฒิบางท่านเห็นว่าไม่จำเป็น เนื่องจากเป็นการพิจารณาคดีครอบครัวและมรดก ไม่มีเรื่องเกี่ยวกับเยาวชน ซึ่งเพียงพอด้วยดะโต๊ะยุติธรรม"

> "ส่วนผู้พิพากษาสมทบก็เห็นด้วยว่าควรจะให้มีเพื่อช่วยให้เกิดความยุติธรรมในการพิพากษาคดี"

> "เรื่องผู้พิพากษาสมทบ ถ้ามีการยกระดับดะโต๊ะให้มีศักดิ์ศรีเท่ากับผู้พิพากษา หลักการใช้ผู้พิพากษาสบทบน่าจะถือว่าไม่จำเป็น เพราะมันจะเป็นผู้พิพากษาชั้นสอง ซึ่งมันก็จะเป็นปัญหาเดิม เพราะฉะนั้นปัญหาเดิมมันไม่น่าจะกลับมาแล้ว"

> "ดังนั้นหากยกระดับดะโต๊ะยุติธรรมให้สามารถวินิจฉัยได้ทั้งข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย ผู้พิพากษาสมทบหรือผู้พิพากษาปกติก็ไม่จำเป็นแล้ว เพราะโดยหลักท่านเข้ามาเพื่อพิจารณาข้อเท็จจริงในคดีตามกฎหมายอิสลาม ดังนั้น เมื่อดะโต๊ะยุติธรรมเป็นผู้วินิจฉัยทั้งสองส่วนแล้ว องค์คณะของผู้พิพากษาด้านกฎหมายชะรีอะฮฺจึงควรจะเป็นหน้าที่ของดะโต๊ะยุติธรรมทั้งหมด"

ตารางที่ 12 จำนวน และร้อยละ ของความคิดเห็นเกี่ยวกับคุณสมบัติเพิ่มเติมของดะโต๊ะยุติธรรม

ความคิดเห็น	จำนวน	ร้อยละ
1. สำเร็จการศึกษาระดับปริญญาตรีด้านกฎหมายอิสลาม	71	85.5
2. สำเร็จการศึกษาระดับปริญญาตรีด้านนิติศาสตร์	42	50.6
3. สำเร็จการศึกษาระดับเนติบัณฑิต	17	20.5
4. อื่นๆ	10	12.0
4.1 ควรได้รับประกาศนียบัตรโดยผ่านการอบรมอย่างน้อย 1 ปี		
4.2 มีความรู้ภาษาไทยระดับมัธยมปลายเป็นอย่างต่ำ		
4.3 ผ่านการอบรม เป็นผู้พิพากษาหรือผ่านการเป็นผู้ช่วยดะโต๊ะยุติธรรมมาก่อน		
4.4 เป็นบุคคลที่มีความรู้และเป็นที่ยอมรับในสังคม		

จากตารางที่ 12 พบว่า คุณสมบัติเพิ่มเติมของดะโต๊ะยุติธรรม ที่ได้รับการเสนอแนะมากที่สุด ได้แก่ สำเร็จการศึกษาระดับปริญญาตรีด้านกฎหมายอิสลาม คิดเป็นร้อยละ 85.5 รองลงมาคือ สำเร็จการศึกษาระดับปริญญาตรีด้านนิติศาสตร์ คิดเป็นร้อยละ 50.6 สำเร็จการศึกษาระดับเนติบัณฑิต คิดเป็นร้อยละ 20.5 สอดคล้องกับความคิดเห็นของผู้ทรงคุณวุฒิจากการสัมภาษณ์และการประชุมสัมมนา โดยส่วนใหญ่มีความเห็นว่าควรที่จะต้องให้มีการเปลี่ยนแปลงคุณสมบัติของผู้ที่จะมาเป็นดะโต๊ะยุติธรรม คือ ระดับการศึกษาขั้นต่ำปริญญาตรีด้านกฎหมายอิสลาม และนิติศาสตร์บัณฑิต และควรจัดให้มีหลักสูตรการอบรมเพิ่มเติมคล้ายเนติบัณฑิต ดังคำกล่าวของผู้ทรงคุณวุฒิที่ว่า

> “เห็นด้วยกับการปรับปรุงคุณสมบัติของดะโต๊ะยุติธรรมบางประการ เพราะเมื่อก่อนไม่ค่อยมีบุคลากรจึงกำหนดไว้ค่อนข้างต่ำ แต่ตอนนี้คิดว่ามีมากขึ้น เพราะฉะนั้น ควรให้จบปริญญาตรีด้านกฎหมายอิสลาม และปริญญาตรีนิติศาสตร์ด้วยก็จะดี แต่เนติบัณฑิตอาจจะยากเกินไป อาจทำให้ไม่มีผู้มาสมัครเป็นดะโต๊ะยุติธรรมได้ แต่ถ้ามีก็จะเป็นการดีอย่างยิ่ง”

"คุณวุฒิการศึกษาของดะโต๊ะยุติธรรม ควรจะสำเร็จการศึกษาระดับปริญญาตรีทางด้านกฎหมายอิสลาม"

"นอกเหนือคุณสมบัติของดะโต๊ะยุติธรรมที่มีอยู่เดิมแล้ว ควรกำหนดสมบัติเพิ่มเติมว่าดะโต๊ะยุติธรรมควรจบนิติศาสตร์บัณฑิต ทั้งนี้เพื่อประโยชน์ในการบังคับใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและพาณิชย์ ส่วนการจบเนติบัณฑิตสำหรับดะโต๊ะยุติธรรมนั้นเห็นว่าไม่จำเป็น อย่างไรก็ตาม ควรกำหนดหลักสูตรแทนที่เนติบัณฑิตสำหรับดะโต๊ะยุติธรรม ซึ่งเป็นลักษณะของการอบรมที่มีความเข้มข้นและผู้เข้ารับอบรมต้องสอบผ่านตามเกณฑ์ที่กำหนด โดยให้สถาบันการศึกษาที่เปิดสอนสาขาวิชากฎหมายอิสลาม เช่นมหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์วิทยาเขตปัตตานี เป็นผู้รับผิดชอบในหลักสูตรนี้

"คุณวุฒิการศึกษาของดะโต๊ะยุติธรรม ควรจะสำเร็จการศึกษาระดับปริญญาตรีทางด้านกฎหมายอิสลาม และทางด้านสามัญอย่างต่ำ ควรจะให้จบชั้นมัธยมศึกษาตอนปลาย (ม. 6)"

"ควรให้มีการอบรมผู้ที่จะเป็นดะโต๊ะ 2 ปี ผู้ที่จบการศึกษามาจากต่างประเทศก็ต้องมาอบรมก่อน ดะโต๊ะที่เป็นอยู่แล้วก็ต้องมาอบรมก่อน 2 ปี เช่นกัน ก่อนที่จะกำหนดให้มีอำนาจหน้าที่และสิทธิต่าง ๆ เหมือนผู้พิพากษา"

ตารางที่ 13 จำนวน ร้อยละ และเหตุผลประกอบความคิดเห็นเกี่ยวกับการโยกย้ายดะโต๊ะ-ยุติธรรม

ความคิดเห็น	จำนวน	ร้อยละ	เหตุผล
สมควรมาก	24	28.9	- เรื่องศาสนาย่อมแตกต่างกับเรื่องของนักการเมือง - ปฏิบัติเช่นเดียวกับผู้พิพากษา - เพื่อไม่ให้เกิดความสนิทสนมคุ้นเคยกับคนในพื้นที่มากเกินไป - การโยกย้ายดะโต๊ะยุติธรรมในอนาคต - เป็นการกระตุ้นการทำงาน
สมควร	38	45.8	- ให้ผู้มีความรู้ด้านยุติธรรมเปลี่ยนแปลงบ้าง - ทำให้ดะโต๊ะยุติธรรมมีประสบการณ์เพิ่มขึ้น - เพิ่มความกระตือรือร้น - ทำให้ดะโต๊ะยุติธรรมมีมาตรฐานในการตัดสินคดีความ - ดะโต๊ะยุติธรรมจะเป็นคนในพื้นที่ต้องห้ามไม่ให้กลับมาเป็นดะโต๊ะ-ยุติธรรมที่ในจังหวัดนั้นๆ - เพื่อจะได้หาประสบการณ์ใหม่ๆในแต่ละสถานที่ - ป้องกันการถูกครหาว่าทุจริตต่อหน้าที่ - ทำให้การตัดสินเป็นกลางลดภาวะการเหลื่อมล้ำ - เป็นการปฏิบัติงานเช่นเดียวกับผู้พิพากษา - เป็นการพัฒนาความรู้อย่างหนึ่ง - ถ้าอยู่นานเกินไปอาจสร้างบารมีได้
ไม่แน่ใจ	6	7.2	

ความคิดเห็น	จำนวน	ร้อยละ	เหตุผล
ไม่ทราบ	1	1.2	- ไม่ทราบว่ามีจุดประสงค์อะไรเพราะปกติแล้วคนที่เป็นดะโต๊ะยุติธรรมจะยึดตามจรรยาบรรณดะโต๊ะยุติธรรมซึ่งเป็นไปตามหลักศาสนาอย่างเคร่งครัดอยู่แล้ว
ไม่ควร	10	12.0	- รู้ปัญหาพื้นที่นั้นๆดีกว่า - จะหาคนทำหน้าที่เป็นดะโต๊ะยุติธรรมได้ยาก - เป็นการพิจารณาเฉพาะเรื่องครอบครัวและมรดกเท่านั้น - ไม่จำเป็นและไม่ใช่ประเด็น - ดะโต๊ะยุติธรรมเป็นตำแหน่งที่ได้รับการยอมรับจากคนในพื้นที่อยู่แล้ว
รวม	**79**	**95.2**	

จากตารางที่ 13 พบว่า ผู้ตอบแบบสอบถามส่วนใหญ่มีความเห็นว่าสมควรมีวาระการโยกย้ายดะโต๊ะยุติธรรม คิดเป็นร้อยละ 45.8 รองลงมาคือ สมควรมาก คิดเป็นร้อยละ 28.9 ส่วนผู้ที่ไม่เห็นด้วยคิดเป็นร้อยละ 12 โดยได้ให้เหตุผลไว้ดังแสดงในตาราง สอดคล้องกับความคิดเห็นของผู้ทรงคุณวุฒิจากการสัมภาษณ์และการประชุมสัมมนา โดยส่วนใหญ่มีความเห็นว่าควรที่จะให้ดะโต๊ะยุติธรรมมีวาระในการดำรงตำแหน่งเพื่อป้องกันการผูกขาด หรือมิฉะนั้นก็ต้องปรับให้มีการโยกย้ายได้ เช่นเดียวกับผู้พิพากษา ในขณะที่บางท่านเห็นว่าไม่ควรให้มีการโยกย้ายดะโต๊ะยุติธรรม เพราะจะสร้างความลำบากให้กับดะโต๊ะยุติธรรมมาก ดังคำกล่าวของผู้ทรงคุณวุฒิที่ว่า

> “เห็นด้วยกับการให้มีการโยกย้ายดะโต๊ะยุติธรรม เพราะไม่มีข้อห้ามตามหลักการศาสนาว่าห้ามย้ายกอฏี(ผู้พิพากษา)”

> “ประเด็นการโยกย้าย ผมเห็นว่ามีความจำเป็นเพื่อความเป็นกลาง จึงเห็นด้วยกับการโยกย้ายดะโต๊ะยุติธรรม”

ขณะนี้มีการเรียกร้องให้ดะโต๊ะยุติธรรมเหมือนผู้พิพากษา ผมเห็นว่าไม่ขัดข้อง แต่ต้องมีวาระโอนย้ายเหมือนผู้พิพากษาด้วย ไม่อยากเห็นดะโต๊ะยุติธรรมดำรงตำแหน่งตั้งแต่ 30 –70 ปี ในพื้นที่เดียว ยอมรับว่าดะโต๊ะเป็นคนดีมาก แต่ว่าเราจะเอาบุคคลเหนือหลักการไม่ได้ เราต้องกำหนดหลักการไว้ก่อน มีเสนอ 2 วิธี คือ 1) เป็นวาระเหมือนผู้พิพากษาสมทบ คราวละ 5ปี ครบแล้วให้คนอื่นเข้ามาเป็นแทน แล้วอยู่ได้ไม่เกิน 2 วาระ ถ้าไม่มีวาระก็ไม่เป็นไร ทำเป็นช่วงก็ได้ โดยรับอายุ 40 พอ55 เกษียณ ให้อยู่เพียง15 ปี หรือ20 ปี ได้หรือไม่ เหมือนกับตุลาการรัฐธรรมนูญมากกว่านั้นคงไม่ได้ ถ้ายังใช้ระบบเดิมก็ได้เข้ามาอายุ 25 และต้องออกเมื่ออายุ 50 แต่ให้โยกย้ายกันได้ด้วย ในทุก ๆ 5 ปี ต้องย้ายครั้งหนึ่ง ... เพราะผู้พิพากษาประจำมีการกำหนดว่าต้องไม่เกิน 5 ปี ต้องย้าย และต้องไม่ย้ายไปภูมิลำเนาตัวเอง คู่สมรส หรือที่เคยศึกษาหรือทำงาน”

“ผมเห็นด้วยกับแนวทางการพัฒนาที่จะกำหนดให้มีวาระและการโยกย้ายเพราะการที่ไปอยู่ที่ไหนนาน ๆ อาจทำให้มีอิทธิพล เมื่อมีอิทธิพล ก็ทำให้เสียความเป็นธรรม และเสียความเป็นระบบ”

“ในส่วนที่ว่าดะโต๊ะต้องถูกย้าย นี่ จากที่เคยทำงานในสามจังหวัด ดะโต๊ะเป็นคนที่อยู่ในพื้นที่ ซึ่งไม่มีท่านใดต้องการจะย้าย จึงเห็นว่าเป็นการกดดันดะโต๊ะมากกว่า โดยส่วนตัวเห็นว่า ถ้าตั้งไว้ที่ภาคถึงเวลาพิจารณาคดีก็เชิญไปปฏิบัติหน้าที่ในแต่ละจังหวัดจะดีกว่า และเมื่อถึงเวลาแต่ละท่านก็จะทราบเองว่าวันนี้จะไปทำงานที่ไหน แต่ถ้าหากว่าถึงวาระแล้วย้ายคิดว่าคงจะลำบากกับดะโต๊ะยุติธรรมมาก”

ตารางที่ 14 จำนวน ร้อยละ และเหตุผลประกอบความคิดเห็นเกี่ยวกับการคัดค้านการปฏิบัติหน้าที่ของดะโต๊ะยุติธรรม ในกรณีที่ดะโต๊ะยุติธรรมมีส่วนได้เสียในคดี

ความคิดเห็น	จำนวน	ร้อยละ	เหตุผล
1. สมควรมาก	61	73.5	- อิสลามไม่ได้สอนให้เข้าข้างฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดต้องพิจารณาตามความถูกต้อง - เพื่อให้เกิดความยุติธรรม - เพราะขาดความยุติธรรม
1.1 โดยใช้หลักการคัดค้านประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง	15	18.1	
1.2 โดยใช้หลักการคัดค้านตามกฎหมายอิสลาม	40	48.2	
2. สมควร	63	75.9	- เพื่อป้องกันการลำเอียง - เป็นการป้องกันคำครหาในกรณีที่สำคัญๆและเพื่อความบริสุทธิ์ของดะโต๊ะยุติธรรม - ไม่ควรให้ผู้ที่มีส่วนได้ส่วนเสียเข้ามาทำหน้าที่ในข้อขัดแย้งแต่แรก - เพื่อความยุติธรรม
2.1 โดยใช้หลักการคัดค้านตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง	2	2.4	
2.2 โดยใช้หลักการคัดค้านตามกฎหมายอิสลาม	13	15.7	
3. ไม่แน่ใจ	1	1.2	
4. ไม่ทราบ	0	0	
5. ไม่สมควร	1	1.2	

จากตารางที่ 14 พบว่า ผู้ตอบแบบสอบถามส่วนใหญ่เห็นว่า สมควรมาก โดยใช้หลักการคัดค้านตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและตามกฎหมายอิสลามคิดเป็นร้อยละ 18.1 และ 48.2ตามลำดับ และเห็นว่า สมควร ให้มีการการคัดค้านตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและคัดค้านตามกฎหมายอิสลามคิดเป็นร้อยละ 2.4 และ 15.7ตามลำดับ สอดคล้องกับความคิดเห็นของผู้ทรงคุณวุฒิจากการสัมภาษณ์และการประชุมสัมมนา โดยส่วนใหญ่มีความเห็นว่าควรให้มีการกำหนดเรื่องคัดค้านดะโต๊ะยุติธรรมไว้ให้ชัดเจนเพื่อความยุติธรรม และในหลักการอิสลามก็ส่งเสริมให้มีเรื่องนี้ คล้ายกับที่มีบัญญัติไว้ใน ป.วิ.แพ่ง ดังคำกล่าวของผู้ทรงคุณวุฒิที่ว่า

> “เกี่ยวกับประเด็นการคัดค้านดะโต๊ะยุติธรรม เท่าที่ได้ศึกษาข้อมูลตามหลักการก็ไม่มีระบุห้ามการคัดค้าน สามารถคัดค้านการทำหน้าที่ของดะโต๊ะยุติธรรมได้”

ตารางที่ 15 จำนวน ร้อยละ และเหตุผลประกอบข้อคิดเห็นเกี่ยวกับการจัดทำคู่มือจริยธรรมสำหรับดะโต๊ะยุติธรรมนอกเหนือจากประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการ

ความคิดเห็น	จำนวน	ร้อยละ	เหตุผล
สมควรมาก	43	51.8	- เพื่อความเข้าใจในหน้าที่ - เพราะเป็นหลักประกันในกระบวนการยุติธรรม - จะได้เป็นจรรยาบรรณสำหรับดะโต๊ะ-ยุติธรรมยึดถือปฏิบัติ - ควรให้มีจริยธรรมตามหลักการอิสลาม - เพื่อเป็นการเพิ่มเนื้อหาเกี่ยวกับจริยธรรมอิสลามมากขึ้น - คุณสมบัติของดะโต๊ะยุติธรรมที่ทำให้ความเป็นดะโต๊ะยุติธรรมหมดสภาพไปไม่ปรากฏในจริยธรรมตุลาการเช่นดื่มเหล้า ประพฤติประเวณีสิ้นสถานภาพการเป็นมุสลิม - เป็นการเผยแพร่หลักนิติศาสตร์อิสลามแก่ผู้สนใจทั่วไป
สมควร	24	28.9	- เป็นการเตือนให้ดะโต๊ะยุติธรรมได้คิดถึงสิ่งที่ถูกต้อง - ป้องกันพฤติกรรมอันไม่เหมาะสม - เพราะจริยธรรมอาจมีความแตกต่างกัน - จะได้ดำเนินไปในทิศทางเดียวกันทั้งหมด - หลักการอิสลามลึกซึ้งและชัดเจนกว่าหลักการอื่นๆ - ประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการบางข้ออาจจะขัดกับหลักจริยธรรมสำหรับดะโต๊ะ-ยุติธรรมตามกฎหมายอิสลามเช่น ห้ามไม่ให้สอนหรือบรรยายเป็นต้น
ไม่แน่ใจ	4	4.8	
ไม่ทราบ	1	1.2	

ความคิดเห็น	จำนวน	ร้อยละ	เหตุผล
ไม่ควร	6	7.2	- ไม่ควรทำเป็นคู่มือแต่ควรกำหนดจริยธรรมเฉพาะนอกเหนือจากจากจริยธรรมข้าราชการตุลาการ - บุคคลที่คัดเลือกมาย่อมมีจริยธรรมอยู่แล้ว - เป็นมาตรฐานที่ดีอยู่แล้ว
รวม	**78**	**94.0**	

จากตารางที่ 15 พบว่า ผู้ตอบแบบสอบถามส่วนใหญ่มีความเห็นว่า สมควรมาก และสมควร ให้มีการจัดทำคู่มือจริยธรรมสำหรับดะโต๊ะยุติธรรมนอกเหนือจากประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการ คิดเป็นร้อยละ 51.8 และ 28.9 ตามลำดับ ซึ่งได้แสดงเหตุผลไว้ดังตาราง ส่วนผู้ที่เห็นว่าไม่สมควรให้มีการจัดทำคู่มือดังกล่าวนั้น คิดเป็นร้อยละ 7.2 ส่วนข้อมูลจากการสัมภาษณ์และการประชุมสัมมนา ไม่ปรากฏว่ามีผู้ทรงคุณวุฒิท่านใดได้แสดงความคิดเห็นในประเด็นนี้

ตารางที่ 16 จำนวน และร้อยละ ของข้อคิดเห็นเกี่ยวกับหน่วยงานที่ควรมีส่วนร่วมในกระบวนการใช้กฎหมายอิสลามของศาลเฉพาะที่ใช้กฎหมายอิสลาม

ความคิดเห็น	จำนวน	ร้อยละ
1. สำนักจุฬาราชมนตรี	54	65.1
2. สำนัก/องค์กรฟัตวา	32	38.6
3. สำนักงานคณะกรรมกลางอิสลามแห่งประเทศไทย	37	44.6
4. สำนักงานคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัด	52	62.7
5. สถาบันการศึกษาที่เปิดสอนทางด้านกฎหมายอิสลาม	34	41.0
6. หน่วยงานจดทะเบียนสมรสและทะเบียนหย่า	30	36.1
7. องค์กรพัฒนาผู้เกี่ยวข้องกับการใช้กฎหมายอิสลาม	26	31.3
8. อื่นๆ		
(สถาบันพัฒนาข้าราชการดะโต๊ะยุติธรรมหรือสถาบันพัฒนากอฎี)	2	2.4

จากตารางที่ 16 พบว่า ส่วนใหญ่มีความเห็นว่าหน่วยงานที่สมควรเข้ามีส่วนร่วมในกระบวนการใช้กฎหมายอิสลามของศาลเฉพาะที่ใช้กฎหมายอิสลามมากที่สุดได้แก่ สำนักจุฬาราชมนตรี คิดเป็นร้อยละ 65.1 รองลงมาคือ สำนักงานคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัด สำนักงานคณะกรรมกลางอิสลามแห่งประเทศไทย และสถาบันการศึกษาที่เปิดสอนทางด้านกฎหมายอิสลาม คิดเป็นร้อยละ 62.7, 44.6 และ 41.0 ตามลำดับ สอดคล้องกับความคิดเห็นของผู้ทรงคุณวุฒิจากการสัมภาษณ์และการประชุมสัมมนา ที่มีความเห็นว่าจะต้องมีองค์กรต่าง ๆ เข้ามาเกี่ยวข้องในการใช้และการพัฒนาการใช้กฎหมายอิสลามอย่างเป็นระบบ เช่น สำนักจุฬาราชมนตรี สำนักงานคณะกรรมการกลางอิสลามแห่งประเทศไทย ในการรับรองกฎหมายหรือประมวลกฎหมายอิสลาม แล้วแต่กรณี และองค์กรฟัตวา สำนักงานจดทะเบียนสมรส และทะเบียนหย่า รวมทั้งสถาบันหรือองค์กรพัฒนาดะโต๊ะยุติธรรม ดังคำกล่าวของผู้ทรงคุณวุฒิที่ว่า

> “ควรจัดให้มีหน่วยงานตรวจทานและรับรองร่างคู่มือหลักกฎหมายฯ ข้อบังคับประธานศาลฎีกา หรือประมวลกฎหมายว่าด้วยครอบครัวและมรดกอิสลาม แล้วแต่กรณี อย่างน้อย 3 องค์กรหลัก ได้แก่ กระทรวงยุติธรรม ศาลฎีกา และสำนักจุฬาราชมนตรี”

> “การจัดการอบรมหลักการทางกฎหมายน่าจะเป็นส่วนของ สำนักจุฬาราชมนตรีสำนักงานคณะกรรมกลางอิสลามแห่งประเทศไทย หรือสถาบันการศึกษา ซึ่งศาลอาจจะไม่ยุ่งเรื่องแบบนั้น”

ตารางที่ 17 จำนวน ร้อยละ และเหตุผล ประกอบความคิดเห็นเกี่ยวกับการจัดให้มีระบบไกล่เกลี่ยและระงับข้อพิพาททางเลือกด้วยวิถีทางอิสลาม

ความคิดเห็น	จำนวน	ร้อยละ	เหตุผล
สมควรมาก	71	85.5	- เป็นทางออกที่ดีที่สุด - เป็นการประนีประนอมที่ดีที่สุด - สัญชาติญาณของมนุษย์มักพอใจในสิ่งที่ตนนับถือและศรัทธาการไกล่เกลี่ยด้วยวิถีทางอิสลามจึงเป็นวิธีระงับข้อพิพาทที่น่าจะได้ผลมาก - ทำให้ประชาชนเข้าใจมากยิ่งขึ้น - เป็นการลดภาระของศาลเนื่องจากบางคดีสามารถประนีประนอมได้ก่อนขึ้นศาล - ลดความรู้สึกขัดแย้งในสังคม - สร้างความน่าเชื่อถือให้กับทั้งสองฝ่ายมากขึ้น
สมควร	9	10.8	- เป็นการระงับข้อพิพาทอย่างหนึ่ง - หลีกเลี่ยงการทะเลาะเบาะแว้ง - ลดคดีความและความบาดหมางกัน - มุสลิมทุกคนพร้อมน้อมรับกฎหมายอิสลาม - อิสลามสนับสนุนให้มีการอิศลาห์ (ประนีประนอมไกล่เกลี่ย)
ไม่แน่ใจ	0	0	
ไม่ทราบ	0	0	
ไม่ควร	1	1.2	

จากตารางที่ 17 พบว่าผู้ตอบแบบสอบถามส่วนใหญ่มีความเห็นว่าการจัดให้มีระบบไกล่เกลี่ยและระงับข้อพิพาททางเลือกด้วยวิถีทางอิสลาม สมควรมาก คิดเป็นร้อยละ 85.5 และเห็นว่าสมควร คิดเป็นร้อยละ 10.8 พร้อมให้เหตุผลดังแสดงในตารางที่ 10สอดคล้องกับความคิดเห็นของผู้ทรงคุณวุฒิจากการสัมภาษณ์และการประชุมสัมมนา ที่ส่วนใหญ่มีความเห็นว่า การไกล่เกลี่ยมีการดำเนินการอยู่แล้วตามปกติทั้งก่อนฟ้องและหลังฟ้อง ก่อนฟ้องเป็นการดำเนินการ

กันเองหรือโดยสำนักงานคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัด และหลังฟ้องกระทำโดยศาล จึงเห็นว่าควรปรับระบบการไกล่เกลี่ยนอกศาลให้เป็นระบบมากขึ้น โดยให้อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของศาลด้วย ในขณะที่บางท่านเห็นว่าไม่ควรให้อยู่ภายใต้การดำเนินการของศาลเพราะจะทำให้เป็นภาระแก่ศาลมากเกินไป แต่ควรให้อยู่ภายใต้การรับผิดชอบของหน่วยงานอื่น ดังคำกล่าวของผู้ทรงคุณวุฒิที่ว่า

> “เห็นด้วยที่จะให้มีการไกล่เกลี่ยก่อนฟ้องคดีต่อศาล ปัจจุบันนี้มีการไกล่เกลี่ยอยู่แล้วแต่เป็นการดำเนินการในศาลภายหลังจากการฟ้อง โดยศาลจะถามว่าประสงค์จะไกล่เกลี่ยหรือไม่ และมีคณะกรรมการไกล่เกลี่ยซึ่งแต่งตั้งโดยศาล ส่วนในระบบอิสลามจะกำหนดโครงสร้างอย่างไร ให้หน่วยงานไหนรับผิดชอบ นั้น เห็นว่าโดยหลักการก็ส่งเสริมให้มีการไกล่เกลี่ยก่อนฟ้อง ซึ่งขณะนี้มีการดำเนินการไกล่เกลี่ยอยู่แล้วเช่นเดียวกัน แต่เป็นการดำเนินการอย่างไม่เป็นทางการ โดยโต๊ะอิหม่ามหรือกรรมการอิสลามประจำจังหวัด หากได้จัดระบบให้เป็นทางการ มีการอบรมให้ความรู้กับผู้ปฏิบัติหน้าที่ก็จะเป็นการดียิ่ง”

> “ส่วนประเด็นการไก่เกลี่ยต้องทำให้ระบบที่มีอยู่โดยธรรมชาติในสังคมมุสลิมมีความเข้มแข็ง ดำเนินการเป็นลำดับขั้น กล่าวคือ หากกรรมการมัสยิดไกล่เกลี่ยแล้วผลยังไม่เป็นที่พอใจของคู่ความสองฝ่ายก็สามารถขึ้นไปสู่ระดับสูงขึ้นคือ กรรมการอิสลามประจำจังหวัด อย่างนี้เป็นต้น ถ้าจัดระบบให้มีประสิทธิภาพเราไม่จำเป็นต้องมีศาลสูงก็ได้ หากระบบการไก่เกลี่ยและการบริหารสังคมของเรามีคุณภาพอย่างเพียงพอ”

> “ควรจัดให้มีกระบวนการไกล่เกลี่ยโดยองค์กรศาลเฉพาะที่ใช้กฎหมายอิสลาม หรือสำนักงานคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัด”
> “สามารถใช้การไกล่เกลี่ยก่อนการขึ้นศาลได้ คือผมเห็นด้วยกับสิทธิชุมชนในการทำการไกล่เกลี่ย ซึ่งความยุติธรรมมันเกิดขึ้นได้”

ตารางที่ 18 จำนวนและร้อยละของความคิดเห็นเกี่ยวกับผู้เป็นผู้ไกล่เกลี่ย

	ความคิดเห็น	จำนวน	ร้อยละ
1.	เป็นผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งจากศาลเฉพาะที่ใช้กฎหมายอิสลาม	38	45.8
2.	เป็นผู้ที่มีคุณสมบัติตามที่กำหนดและได้รับการแต่งตั้งจากคู่กรณี	24	28.9
3.	เป็นประธานคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัด	7	8.4
4.	อื่นๆ เช่น ต้องเป็นคะโต๊ะยุติธรรมหรือกอฎีร่วมกับบุคคลที่คู่ความเห็นสมควร แต่ทั้งนี้จะต้องนำเข้าสู่ระบบศาลเพราะการระงับข้อพิพาทของศาลไม่อาจแทรกแซงได้	1	1.2
5.	ไม่ตอบ	13	15.7

จากตารางที่ 18พบว่า ส่วนใหญ่เห็นว่าผู้ที่ทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ยนั้นควรเป็นผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งจากศาลเฉพาะที่ใช้กฎหมายอิสลาม คิดเป็นร้อยละ45.8 รองลงมา ผู้ที่มีคุณสมบัติตามที่กำหนดและได้รับการแต่งตั้งจากคู่กรณี คิดเป็นร้อยละ 28.9 สอดคล้องกับความคิดเห็นของผู้ทรงคุณวุฒิจากการสัมภาษณ์และการประชุมสัมมนา โดยมิได้เจาะจงว่าเป็นผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งจากศาลหรือเป็นผู้ที่ได้รับจากการแต่งตั้งของคู่กรณี เพียงแต่ให้มีความเป็นระบบมากขึ้นตามความเหมาะสม ดังคำกล่าวของผู้ทรงคุณวุฒิที่ว่า

> “ระบบการไกล่เกลี่ยปกติจะทำอยู่แล้วในศาลก่อนการพิพากษา แต่นั่นคือภายหลังจากที่ได้มีการฟ้องคดีต่อศาลแล้ว สำหรับกรณีก่อนฟ้องปัจจุบันยังไม่มีการจัดระบบในส่วนนี้ หากจะให้มีก็อาจกระทำได้โดยการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ หรือ ให้สำนักงานคณะกรรมการอิสลามประจำหวัด ดำเนินการแล้วแต่ความเหมาะสม”

บทที่ 6

สรุปผลการวิจัย อภิปรายผล และข้อเสนอแนะ

6.1 สรุปผลการวิจัย

การวิจัยเรื่อง “การปรับใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย” นี้ มีเป้าหมายสำคัญเพื่อทำความเข้าใจสถานะของกฎหมายอิสลาม ค้นหาแนวทางการปรับปรุงและพัฒนาการปรับใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย ทั้งในส่วนสารบัญญัติและวิธีสบัญญัติที่สอดคล้องกับอัตลักษณ์และวัฒนธรรมประเพณีอันดีงาม เพื่อให้เกิดความเสมอภาคเท่าเทียมกันภายใต้เจตนารมณ์แห่งรัฐธรรมนูญ จึงกำหนดให้มีวัตถุประสงค์ 4 ประการ ดังต่อไปนี้

(1) เพื่อศึกษาระบบกฎหมายอิสลามโดยรวม ทั้งในส่วนที่เกี่ยวกับกฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายวิธีสบัญญัติ

(2) เพื่อศึกษาการใช้กฎหมายอิสลามและองค์กรบริหารและพัฒนาการปรับใช้กฎหมายหมายอิสลามในประเทศไทย

(3) เพื่อศึกษาแนวทางปรับปรุงและพัฒนาการปรับใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทยให้เกิดความเสมอภาค

(4) เพื่อศึกษารูปแบบที่เหมาะสมขององค์กรศาลในการใช้กฎหมายอิสลาม

ในการทำวิจัยดำเนินการโดยใช้วิธีการศึกษาวิจัยเอกสาร (Documentary Research) และการศึกษาภาคสนาม ในการวิจัยเอกสารได้ทำการศึกษาบทบัญญัติแห่งอัลกุรอานและสุนนะฮฺ หนังสือและตำรากฎหมายอิสลามมัซฮับต่าง ๆ ตลอดจนงานวิจัยที่เกี่ยวข้องกับการปรับใช้กฎหมายอิสลาม และองค์กรบริหารและพัฒนาการปรับใช้กฎหมายอิสลาม ส่วนการศึกษาภาคสนามได้ทำการศึกษาและรวบรวมข้อมูลเกี่ยวกับปัญหาอุปสรรคในการบังคับใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย แนวทางการปรับปรุงพัฒนาและรูปแบบขององค์กรศาลที่เหมาะสม ตลอดจนคดีความที่เกิดขึ้นตามกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกโดยการสัมภาษณ์เชิงลึก (In-depth Interview) ดะโต๊ะยุติธรรมประจำศาลจังหวัดต่างๆ ทั้ง 5 ศาล ได้แก่ศาลจังหวัดปัตตานี ศาลจังหวัดยะลา ศาลจังหวัดนราธิวาส และศาลจังหวัดสตูล ศาลละ 1 คน รวม 5 คนผู้พิพากษาศาลยุติธรรมทั้งสี่จังหวัดๆ ละ 1 คน รวม 4 คน และผู้ทรงคุณวุฒิที่เกี่ยวข้องจากสี่จังหวัดชายแดนภาคใต้อีก 4คน รวมทั้งสิ้น 13 คนศึกษา รวบรวม และวิเคราะห์ข้อมูลเกี่ยวกับแนวทางการพัฒนาการใช้กฎหมายอิสลาม การจัดทำหรือตราประมวลกฎหมายอิสลาม องค์กรศาลที่เหมาะสม และการขยายขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายอิสลามไปสู่จังหวัดอื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งจังหวัดที่มีสำนักงานคณะกรรมการ

อิสลามประจำจังหวัด ซึ่งในปัจจุบันมีจำนวน 36 จังหวัด โดยจัดทำแบบสอบถามประธานคณะ-กรรมการอิสลามประจำจังหวัดหรือผู้แทน คณะกรรมการกลางอิสลามแห่งประเทศไทยที่มิได้ดำรงตำแหน่งประธานคณะกรรมอิสลามประจำหวัด ผู้ทรงคุณวุฒิสำนักจุฬาราชมนตรี ผู้พิพากษาและนักวิชาการมุสลิมในสถาบันการศึกษาทั่วประเทศและผู้เกี่ยวข้องทั่วไป เช่น นักวิชาการด้านสังคมศาสตร์ นักสิทธิมนุษยชน รวมทั้งสิ้น 83 คน

หลังจากนั้น คณะผู้วิจัยได้ทำการวิเคราะห์ข้อมูลแบบสอบถามและการสัมภาษณ์เชิงลึกเพื่อนำผลการวิเคราะห์เสนอต่อที่ประชุมสัมมนา 2 ครั้ง ครั้งแรกเป็นเวทีสัมมนาในภาคใต้จัดขึ้น เมื่อวันจันทร์ ที่ 13 ธันวาคม 2553 ณ โรงแรมไดอิชิ อำเภอหาดใหญ่ จังหวัดสงขลา เพื่อวิพากษ์ข้อเสนอแนวการพัฒนาการปรับใช้กฎหมายอิสลาม ผู้เข้าร่วมสัมมนาประกอบด้วยผู้พิพากษา ทนายความ คณะกรรมอิสลามประจำจังหวัด คณะกรรมอิสลามประจำมัสยิด โต๊ะครู นักวิชาการ และตัวแทนภาคประชาสังคมจากจังหวัดต่าง ๆ ทางภาคใต้ จำวน 34 คน ครั้งที่ 2 เป็นเวทีในภาคกลาง จัดขึ้นเมื่อวันพฤหัสบดีที่ 27 มกราคม 2554 ณ ห้องประชุม บ.ย.ส. ชั้น 8 สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรมผู้เข้าร่วมสัมมนาประกอบด้วยผู้พิพากษา ทนายความ คณะกรรมอิสลามประจำจังหวัด ผู้ทรงคุณวุฒิจุฬาราชมนตรี คณะกรรมอิสลามประจำมัสยิด โต๊ะครู นักวิชาการ และตัวแทนภาคประชาสังคมจากจังหวัดต่าง ๆ ทางภาคกลาง ภาคเหนือ และภาคตะวันออก จำนวน 51 คน

ต่อมา คณะผู้วิจัยได้ทำการวิเคราะห์และสังเคราะห์ข้อมูลจากแบบสอบถาม การสัมภาษณ์เชิงลึกและการสัมมนาทั้ง 2 ครั้ง สรุปเป็น “ร่าง”รายงานผลการวิจัยเบื้องต้นเสนอต่อที่ประชุม-สัมมนาครั้งสุดท้ายเพื่อรับฟังความคิดเห็นเพิ่มเติม เมื่อวันพุธที่ 7 กันยายน 2554 ณ มูลนิธิเพื่อศูนย์-กลางอิสลามแห่งประเทศไทยเขตสวนหลวง กรุงเทพมหานคร โดยมีผู้เข้าร่วมสัมมนาประกอบด้วยผู้พิพากษา ทนายความ คณะกรรมอิสลามประจำจังหวัด ผู้ทรงคุณวุฒิจุฬาราชมนตรี คณะกรรมอิสลามประจำมัสยิด โต๊ะครู นักวิชาการ และตัวแทนภาคประชาสังคมจากกรุงเทพมหานคร และจังหวัดต่าง ๆ ในภาคกลาง ภาคเหนือ และภาคตะวันออก จำนวน 54 คน คณะผู้วิจัยได้ประมวลผลข้อมูลเชิงคุณภาพและการดำเนินกิจกรรมต่างๆ ของการวิจัย วิเคราะห์ข้อมูลจากการศึกษาเอกสาร การศึกษาภาคสนามเปรียบเทียบประเด็นการศึกษาต่าง ๆ และสรุปผล ตามวัตถุประสงค์ของการวิจัยได้ดังนี้

วัตถุประสงค์ข้อที่ 1 ศึกษาระบบกฎหมายอิสลามโดยรวม ทั้งในส่วนที่เกี่ยวกับกฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายวิธีสบัญญัติ

ขอบเขตความหมายของ “กฎหมายอิสลาม”

จากการศึกษาตามวัตถุประสงค์ข้อที่ 1 พบว่า“กฎหมายอิสลาม” ในทางตำราภาษาอาหรับมีความหมายสอดคล้องกับคำว่า “ชะรีอะฮฺ” “หุกมฺ” หรือ “ฟิกฮฺ”แล้วแต่กรณี ซึ่งบรรดานักปราชญ์ได้

ให้นิยามคำเหล่านี้ไว้แตกต่างกัน แต่คำนิยามที่แตกต่างกันนี้ มิได้ส่งผลกระทบในทางวิชาการหรือในทางกฎหมาย หากเป็นเพียงความแตกต่างกันในการใช้ถ้อยคำเท่านั้น ซึ่งบางครั้งมีการใช้สลับกันไปมา เช่น ใช้คำว่า "ชะรีอะฮฺ" ในความหมายของ "ฟิกฮฺ" และ ใช้คำว่า "ฟิกฮฺ" ในความหมายของ "ชะรีอะฮฺ" การศึกษาความหมายของถ้อยคำทั้ง 3 นี้อย่างละเอียดทำให้สามารถสรุปความหมายของ "กฎหมายอิสลาม" ได้ว่า หมายถึง **"โองการแห่งอัลลอฮฺและสุนนะฮฺของศาสนทูตแห่งพระองค์ รวมทั้งข้อบัญญัติรายละเอียดที่ได้จากการวิเคราะห์วินิจฉัยของปวงปราชญ์ ในส่วนที่เกี่ยวกับการประพฤติปฏิบัติของมวลมนุษย์ ซึ่งมีลักษณะเป็นการกำหนดสิทธิ หน้าที่ และกฎเกณฑ์ต่าง ๆ"**

ความหมายของ "กฎหมายอิสลาม" ดังกล่าวนี้ สะท้อนถึงระบบของกฎหมายอิสลามที่ประกอบไปด้วยองค์กรหรือผู้เกี่ยวข้องสำคัญ 4 ฝ่าย ได้แก่ อัลลอฮฺ (สุบหานะฮูวะตะอาลา) ศาสนทูตแห่งพระองค์ ปวงปราชญ์ และมวลมนุษย์ โดยอัลลอฮฺ (สุบหานะฮูวะตะอาลา) เป็นผู้ทรงประทานบทบัญญัติแห่งกฎหมายอิสลามท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ ศาสนทูตแห่งพระองค์เป็นผู้ประกาศ อธิบาย และกำหนดรายละเอียดในสุนนะฮฺของท่าน บรรดานักปราชญ์เป็นผู้วิเคราะห์วินิจฉัย และกำหนดรายละเอียดปลีกย่อยภายหลังจากท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ กลับสู่ความเมตตาแห่งอัลลอฮฺ เฉพาะในส่วนที่เป็นหลักปฏิบัติเกี่ยวกับสิทธิ หน้าที่ และการกำหนดกฎเกณฑ์ต่าง ๆ สำหรับการดำเนินชีวิตอย่างปกติสุขของมวลมนุษย์ ดังนั้น มวลมนุษย์ที่เป็นปุถุชนทั่วไปจึงเป็นผู้รับการเผยแผ่และนำบทบัญญัติแห่งกฎหมายอิสลามมาปรับใช้ตามกำลังความสามารถ ทั้งในส่วน "สารบัญญัติ" และ "วิธีสบัญญัติ" ซึ่งในทางตำรานิติศาสตร์อิสลามมัซฮับต่าง ๆ มิได้จำแนกระหว่างส่วนสารบัญญัติและวิธีสบัญญัติ แต่โดยส่วนใหญ่ในการเรียบเรียงตำรากฎหมายอิสลาม นิยมเขียนเป็นคำอธิบายเชิงบรรยายระคนกันไปทั้งกฎหมายสารบัญญัติและวิธีสบัญญัติในตำราเล่มเดียวกัน เพียงแต่ในเรื่องเกี่ยวกับศาล การพิจารณาพิพากษาคดี และพยานหลักฐานที่มีการจำแนกเฉพาะกฎหมายอิสลามจึงมีลักษณะครอบคลุมทั้งบทบัญญัติที่เป็นเนื้อหาสารบัญญัติและกระบวนวิธีพิพากษาคดีอยู่ในตัว ครอบคลุมถึงสิ่งที่เป็นข้อบังคับ (วาญิบ) สิ่งที่เป็นข้อห้าม (หะรอม) สิ่งที่ไม่สมควร(มักรูฮฺ) สิ่งที่สมควร (มันดูบ) และสิ่งที่อนุมัติ (มุบาหฺ) แม้ว่าในทางกฎหมายหรือทางศาลจะมีผลบังคับได้เฉพาะส่วนที่เป็นสิ่งบังคับ (วาญิบ) หรือสิ่งต้องห้าม (หะรอม) เท่านั้นก็ตาม เนื่องจากกฎหมายอิสลามเป็นวิถีชีวิต จึงมีบทบัญญัติที่เป็นแนวทางที่ควรปฏิบัติ ควรละทิ้ง และที่อนุมัติให้ปฏิบัติหรือละทิ้งก็ได้ กฎหมายอิสลามมิได้บัญญัติแต่เฉพาะเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์กับมนุษย์เท่านั้น แต่ยังรวมไปถึงความสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์กับพระเจ้าด้วย และยังครอบคลุมทั้งการกระทำทางกายและการกระทำทางจิตใจ เช่น เรื่องการเจตนาหรือการเหนียต เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม ในรัฐอิสลาม เคาะลีฟะฮฺ หรือผู้นำสูงสุดสามารถกำหนดให้สิ่งสมควร ไม่สมควร หรือสิ่งอนุมัติเป็นสิ่งบังคับที่ต้องปฏิบัติหรือต้องละทิ้งก็ได้ โดยออกเป็นกฎหมายหรือคำสั่งในกรณีที่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์สุขส่วนรวม

ระบบกฎหมายอิสลามในสายตาของอิสลามศาสนิก จึงแตกต่างจากระบบกฎหมายอื่นๆ ในโลก แม้ว่าจะถูกจัดอยู่ในกลุ่มของระบบกฎหมายศาสนาและประเพณีนิยม (Religious and Traditional Law) แต่ก็มีรายละเอียดที่แตกต่างอย่างมากจากกฎหมายศาสนาและประเพณีนิยมทั่วไป เพราะศาสนาอิสลามมีเอกลักษณ์ที่แตกต่างจากศาสนาอื่น ระบบกฎหมายอิสลามจึงมีลักษณะเฉพาะที่แตกต่างจากระบบกฎหมายอื่นด้วยเช่นเดียวกัน ที่สำคัญคือ กฎหมายอิสลามเป็นกฎหมายแห่งพระเจ้า มุ่งสร้างประโยชน์สุขแก่ปวงบ่าวของพระองค์ ทั้งโดยลักษณะปัจเจกบุคคลและสังคม มีบทลงโทษหรือมีสภาพบังคับทางกฎหมายและทางศาล เมื่อมีการฝ่าฝืนจะต้องถูกลงโทษ ทั้งในโลกนี้และโลกหน้าอาคิเราะฮฺ นอกจากนั้น กฎหมายอิสลามมีลักษณะความเป็นสากลที่เหมาะสมกับธรรมชาติอันเที่ยงแท้ของมนุษย์ในทุกยุคทุกสมัยชั่วนิรันดร์

ในอีกด้านหนึ่ง กฎหมายอิสลามมีลักษณะคล้ายคลึงกับกฎหมายลายลักษณ์อักษร เพราะมีตัวบทอัลกุรอานและสุนนะฮฺที่เป็นลายลักษณ์อักษรชัดเจนในบางเรื่อง เช่น เรื่องครอบครัวและมรดก เรื่องความผิดทางอาญาและบทลงโทษประเภทฮัด (กรณีละทิ้งศาสนา) ต่าง ๆ นอกจากนั้น กฎหมายอิสลามยอมรับจารีตประเพณีอันดีงามของมนุษย์ ทำให้มีลักษณะคล้ายคลึงกับกฎหมายจารีตประเพณีหรือกฎหมายในระบบคอมมอนลอว์ ในขณะเดียวกันกฎหมายอิสลามมีความโดดเด่นในด้านความศักดิ์สิทธิ์ที่มุสลิมทุกคนต้องเคารพและศรัทธา โดยเคาะลีฟะฮฺหรือฝ่ายปกครองบ้านเมืองในรัฐอิสลามจะบัญญัติกฎหมายใดให้ขัดหรือแย้งต่ออัลกุรอานหรือสุนนะฮฺมิได้ ลักษณะเช่นนี้ทำให้กฎหมายอิสลามคล้ายคลึงกับระบบกฎหมายศาสนา กฎหมายอิสลามจึงไม่เหมือนกับกฎหมายใดในทุกด้านและในขณะเดียวกันก็มิได้แตกต่างจากกฎหมายอื่นอย่างสิ้นเชิง กฎหมายอิสลามมีทั้งส่วนที่คล้ายคลึงและแตกต่างจากกฎหมายอื่น ๆ และมีลักษณะเฉพาะเป็นเอกลักษณ์ทั้งในแง่ของผู้ทรงบัญญัติ กระบวนการบัญญัติ นิติวิธีในการบัญญัติ และการบังคับหรือนำไปปรับใช้

ระบบกฎหมายอิสลามในยุคของท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ มีลักษณะรวมศูนย์อยู่ภายใต้อำนาจแห่งอัลลอฮฺโดยท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ ในฐานะศาสนทูตแห่งพระองค์เป็นผู้ทรงไว้ซึ่งอำนาจสูงสุดในการใช้อำนาจอธิปไตยแห่งรัฐทั้งในด้านนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ รวมทั้งการประกาศสัจธรรมอิสลาม และการอธิบายปัญหาศาสนาหรือฟัตวาตามความประสงค์แห่งอัลลอฮฺ กล่าวคือ เมื่อมีเหตุการณ์อย่างหนึ่งอย่างใดเกิดขึ้นที่จำเป็นต่อการใช้บทบัญญัติกฎหมายในการตัดสิน ท่านนบีจะรอการประทานวะหฺยูหรือวิวรณ์จากอัลลอฮฺ ครั้นเมื่อมีวะหฺยูหรือวิวรณ์จากพระองค์ประทานลงมาเป็นเช่นใดท่านนบี ﷺ ก็จะตัดสินความไปตามนั้น แต่หากไม่มีโองการประทานลงมา ท่านนบี ﷺ ก็จะทำการวินิจฉัยภายใต้บทบัญญัติและเจตนารมณ์แห่งอัลลอฮฺ โดยคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะและบางครั้งท่านก็จะปรึกษาหารือบรรดาเศาะหาบะฮฺ หลังจากนั้นจะมีอัลกุรอานประทานลงมาเพื่อยืนยันการวินิจฉัยที่ถูกต้องและแนะนำตักเตือนในกรณีที่ผิดพลาดคลาดเคลื่อน ด้วยเหตุนี้ การมอบหมายเศาะหาบะฮฺบางท่านทำการวิเคราะห์วินิจฉัย หรือเป็นผู้พิพากษาชี้ขาดตัดสินคดี เป็น

เพียงการฝึกปฏิบัติภายใต้การกำกับติดตามของท่าน มิได้หมายถึงการมอบอำนาจในการบัญญัติกฎหมาย คำพิพากษาของเศาะหาบะฮฺในยุคของท่านนบีจึงไม่ถือเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายอิสลามตราบเท่าที่ยังไม่ได้รับการรับรองจากท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ

การใช้กฎหมายอิสลามในยุคของท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ มี 2 ลักษณะ ได้แก่ การนำหลักกฎหมายมาปฏิบัติและใช้บังคับกับข้อเท็จจริงเป็นรายกรณี ทั้งในคดีแพ่งและอาญาตามบทบัญญัติแห่งอัลกุรอาน และการใช้ในลักษณะของการบัญญัติกฎหมายโดยท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ เป็นผู้ได้รับวะหฺยูให้กำหนดบทบัญญัติ หรือให้ทำการวิเคราะห์วินิจฉัยและการพิจารณาพิพากษาคดีตลอดจนการพิสูจน์ข้อเท็จจริง กฎหมายอิสลามทั้งในส่วนสารบัญญัติและวิธีสบัญญัติจึงได้ถูกวางรากฐานไว้อย่างสมบูรณ์แล้วในยุคของท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ โดยในส่วนสารบัญญัติจะปรากฏอยู่ในบทบัญญัติเกี่ยวกับหุกมฺตักลีฟีย์ คือ เกี่ยวกับพฤติกรรมหรือการกระทำของมนุษย์ในแง่ของการเป็นวาญิบ มันดูบ มักรูฮฺ หะรอม และมุบาฮฺซึ่งครอบคลุมเรื่องอิบาดาต (ศาสนกิจ) มุอามะลาต (ธุรกรรม/สัญญา) มุนากะหาต (ครอบครัว/มรดก) และญินาญาต (อาญา) ส่วนกฎหมายวิธีสบัญญัติจะปรากฏอยู่ในบทบัญญัติเกี่ยวกับการศาล ผู้พิพากษา พยานหลักฐาน และการพิจารณาพิพากษาคดีตลอดจนบทบัญญัติเกี่ยวกับหุกมฺวัฏอีย์ คือกฎเกณฑ์และวิธีการที่เป็นสาเหตุให้กฎหมายสารบัญญัติมีผลใช้บังคับ เป็นเงื่อนไข เป็นอุปสรรค หรือเป็นข้อผ่อนปรนต่อการใช้บังคับกฎหมายสารบัญญัติแล้วแต่กรณีทั้งนี้ โดยมีแหล่งที่มาและรายละเอียดทั้งหมดจากคัมภีร์อัลกุรอานและสุนนะฮฺของท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ ในทุกมิติแห่งชีวิตของท่านนบีและทุกสถานการณ์ทั้งในยามสงบและยามสงคราม ทั้งในขณะที่พำนักอยู่ ณ เมืองมักกะฮฺ และขณะอพยพไปพำนักอยู่ ณ เมืองมดีนะฮฺล้วนเป็นตัวอย่างที่ดียิ่งสำหรับการปรับใช้กฎหมายอิสลามกับการดำเนินชีวิต อัลกุรอานและสุนนะฮฺจึงเป็นแหล่งที่มาสำคัญ 2 ประการ ในระบบการบัญญัติกฎหมายอิสลามตลอดยุคสมัยของท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ และเป็นรากฐานสำคัญของการบัญญัติกฎหมายอิสลามในยุคสมัยต่อๆ มา

ยุคคุละฟาอุรรอชิดูนเป็นยุคถัดจากยุคของท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ กฎหมายอิสลามในยุคนี้คือโองการอัลกุรอานและสุนนะฮฺเช่นเดียวกับในยุคของท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ ไม่มีการบัญญัติกฎหมายอิสลามเพิ่มเติม นอกจากในส่วนที่เกี่ยวข้องกับเหตุการณ์หรือกรณีที่ไม่มีตัวบทอัลกุรอานและสุนนะฮฺบัญญัติไว้บรรดาเศาะหาบะฮฺก็จะทำการวิเคราะห์วินิจฉัยและลงมติ เช่น กรณีการให้สัตยาบันต่อท่านอะบูบักรฺ อัศศิดดีก เพื่อการดำรงตำแหน่งเคาะลีฟะฮฺ กรณีการกำหนดสิทธิในการรับมรดกของย่าและยายหรือสูงขึ้นไป กรณีการปราบปรามผู้ปฏิเสธการจ่ายซะกาต และการรวบรวมอัลกุรอานเป็นต้นทั้งนี้ เนื่องจากอาณาจักรอิสลามได้แผ่ขยายออกไปอย่างกว้างขวางเกิดเหตุการณ์ใหม่ๆ ที่ไม่ปรากฏในตัวบทอัลกุรอาน และไม่มีแนวปฏิบัติในสุนนะฮฺของท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ ส่งผลให้ต้องทำการวิเคราะห์วินิจฉัยและลงมติ ผลของการวิเคราะห์วินิจฉัยและลงมตินั้นถือเป็นส่วนหนึ่งของบทบัญญัติแห่งกฎหมายอิสลาม

ดังนั้น ในยุคคุละฟาอุรรอชิดูน อัลกุรอาน สุนนะฮฺ อิจญ์มาอฺ อิจญ์ติฮาดหรือกิยาส จึงเป็นแหล่งที่มาหลักของระบบกฎหมายอิสลาม โดยมีบรรดาเศาะหาบะฮฺที่มีความรอบรู้และเข้าใจอย่างลึกซึ้งซึ่งนำโดยเคาะลีฟะฮฺเป็นผู้วิเคราะห์วินิจฉัยและลงมติ บรรดาเศาะหาบะฮฺเหล่านี้จึงทำหน้าที่เสมือนองค์กรนิติบัญญัติบริหาร และตุลาการในการปรับใช้กฎหมายอิสลามกับกรณีหรือเหตุการณ์ต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นใหม่และไม่มีบทบัญญัติในอัลกุรอานและในสุนนะฮฺกำหนดไว้โดยตรงทำให้กฎหมายอิสลามสามารถตอบสนองความต้องการของสังคมได้อย่างครบถ้วนตลอดยุคสมัย

ในยุคต่อมา ได้แก่ ยุคเคาะลีฟะฮฺสายสกุลอุมัยยะฮฺ ระบบกฎหมายอิสลามมีลักษณะที่ไม่แตกต่างไปจากยุคคุละฟาอุรรอชิดูนมากนัก ไม่ว่าในด้านสารบัญญัติหรือวิธีสบัญญัติ โดยยึดถือแหล่งที่มาหลัก 4 ประการเช่นเดียวกัน ได้แก่ อัลกุรอาน สุนนะฮฺ อิจญ์มาอฺ อิจญ์ติฮาดหรือกิยาส ในด้านตุลาการ กระบวนการพิจารณาพิพากษาอรรถคดี การคัดเลือกแต่งตั้งผู้พิพากษา รวมไปถึงการแบ่งแยกอำนาจตุลาการเป็นอิสระจากอำนาจบริหารและการปกครองอื่น ๆ ก็เช่นเดียวกันคล้ายกับยุคคุละฟาอุรรอชิดูน เพียงแต่ในยุคนี้การปรับใช้กฎหมายอิสลามดำเนินไปด้วยความยากลำบากมากขึ้น เนื่องจากเศาะหาบะฮฺส่วนใหญ่มิได้พำนักอยู่ในเมืองมะดีนะฮฺเหมือนเช่นในยุคก่อน แต่ได้แยกย้ายกันไปอยู่ตามเมืองต่าง ๆ สร้างความยากลำบากในการสอบถามหรือสืบเสาะสุนนะฮฺของท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ เนื่องจากในขณะนั้นสุนนะฮฺของท่านยังไม่มีการบันทึกใด ๆ ประกอบในยุคนี้มีการปลอมหะดีษเพื่อแสวงหาผลประโยชน์แอบแฝงเกิดขึ้นเป็นจำนวนมาก ส่งผลให้ต้องมีตรวจสอบสายรายงานหะดีษอย่างรอบคอบยิ่งขึ้นในการทราบถึงข้อกฎหมายที่จะนำมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงหรือกรณีต่าง ๆ ภารหน้าที่ของนักกฎหมายอิสลามในยุคนี้จึงเป็นภารกิจที่หนักหน่วงอย่างยิ่งแต่ด้วยความอุตสาหะของเคาะลีฟะฮฺ ผู้พิพากษา มุฟตีย์ และนักปราชญ์คนสำคัญๆส่งผลให้เกิดการพัฒนาแนวคิดทางกฎหมายอย่างต่อเนื่อง นักปราชญ์คนสำคัญๆ ที่มีชื่อเสียงในยุคนี้ เช่น ท่านหะสันอัลบัศรี ท่านสุฟยานอัษเษารี ท่านอัลเอาซาอีย์ และอันนะเคาะอีย์ เป็นต้น

ต่อมา ในยุคเคาะลีฟะฮฺสายสกุลอับบาส ช่วงครึ่งแรกของยุคนี้ คือ ตั้งแต่เริ่มสถาปนาไปจนกระทั่งถึงตอนกลางศตวรรษที่ 4 แห่งฮิจญ์เราะฮฺศักราช/ศตวรรษที่ 9 คริสต์ศักราช ถือเป็นยุคทองของกฎหมายอิสลาม เนื่องจากอาณาจักรอิสลามในยุคนี้แผ่ขยายกว้างขวางครอบคลุมดินแดนและเผ่าพันธุ์มนุษยชาติหลายเผ่าพันธุ์ซึ่งมีขนบธรรมเนียมประเพณีที่แตกต่างกัน ทำให้เกิดประเด็นปัญหาและข้อสงสัยใหม่ ๆ ซึ่งไม่ปรากฏในตัวบทโดยตรง ต้องมีการวิเคราะห์วินิจฉัยทางกฎหมายอิสลามจากแหล่งที่มาหลักของกฎหมายอิสลามซึ่งในยุคนี้มี 4 ประการ เช่นเดียวกับในยุคก่อน ได้แก่ คัมภีร์อัลกุรอาน สุนนะฮฺ อิจญ์มาอฺ และอิจญ์ติฮาดหรือกิยาส และเริ่มมีการใช้แหล่งที่มาลำดับรอง นอกเหนือจากแหล่งที่มาหลักทั้ง 4 ประการที่กล่าวมาข้างต้น เช่น อิสติหฺซาน อิสติศลาหฺหรือมะศอลิหฺมุรสะละฮฺ สัดดุซซะรอเอี๊ยะอฺ อิสติศหาบ และจารีตประเพณีหรืออุรฟฺ เป็นต้น

ในช่วงครึ่งหลังของยุคนี้ คือ ตั้งแต่กลางศตวรรษที่ 4 แห่งฮิจญเราะฮฺศักราช/ศตวรรษที่ 9 แห่งคริสต์ศักราช อาณาจักรอิสลามค่อย ๆ อ่อนแอ และเสื่อมเสถียรภาพ กระทั่งนำไปสู่การล่มสลายของนครแบกแดด ซึ่งเป็นศูนย์กลางการปกครองแห่งอาณาจักอิสลามในปี ฮ.ศ. 656 /ค.ศ.1258 ส่งผลกระทบต่อพัฒนาระบบกฎหมายอิสลามอย่างรุนแรง บรรดานักปราชญ์กฎหมายอิสลามหันมายึดถือปฏิบัติตามแนวมัซฮับต่างๆ วินิจฉัยปัญหาภายใต้กรอบมัซฮับที่ตนยึดถืออย่างเคร่งครัด แทนที่จะยึดถือตัวบทอัลกุรอานและสุนนะฮฺโดยตรง กฎหมายอิสสามในช่วงนี้จึงเข้าสู่ยุคแห่งการถดถอย นักวิชาการสงวนท่าทีจากการวิเคราะห์วินิจฉัยข้อกฎหมายอิสลาม ตำราที่ถูกเรียบเรียงขึ้นใหม่ก็มีจำนวนน้อย ส่วนใหญ่เป็นเพียงการสรุป ย่อ อธิบายผลงานของนักปราชญ์ในยุคก่อนเท่านั้น

ในยุคออตโตมาน (ระหว่าง ฮ.ศ. 699 - ฮ.ศ. 1342 ตรงกับ ค.ศ. 1299 -1923) ภายหลังการล่มสลายของกรุงแบกแดด ในปี ฮ.ศ. 656/ค.ศ.1258 จนกระทั่งปลายศตวรรษที่ 13 ฮิจญ์เราะฮฺศักราช/ศตวรรษที่ 19 คริสต์ศักราช เป็นยุคที่กฎหมายอิสลามตกอยู่ในภาวะซบเซาและถดถอยอย่างต่อเนื่อง แม้จะมีนักปราชญ์ด้านกฎหมายอิสลามที่มีชื่อเสียงคนสำคัญ ๆ แทรกอยู่บ้างในบางยุคสมัย เช่น อิบนุตัยมียะฮฺ อิบนุกอยยิม และอีมามอัชชาฏิบีย์ แต่โดยทั่วไปปวงปราชญ์ส่วนใหญ่ในยุคนี้อ่อนด้อยในด้านการนำเสนอแนวความคิดหรือบทวิเคราะห์ต่อปัญหาใหม่ ๆ ที่เกิดขึ้นในสังคมซึ่งไม่ปรากฏข้อวินิจฉัยมาก่อน ตำราที่พวกเขาเรียบเรียงขึ้นก็มีความซับซ้อนซ่อนเงื่อนยากต่อการเข้าใจ ส่งผลให้บรรดามุสลิมสามัญชนทั่วไปยึดติดอยู่กับมัซฮับต่าง ๆ อย่างเหนียวแน่นด้วย เช่น พวกเตอร์กนิยมยึดติดมัซฮับหะนะฟีย์ พวกอัยยูบีย์ยึดติดมัซฮับชาฟิอีย์ พวกฟาฏิมีย์ยึดติดมัซฮับชีอะฮฺอัลอิสมาอีลียะฮฺ เป็นต้น สภาพการณ์มัซฮับนิยมเช่นนี้ ได้แผ่คลุมไปทั่วอาณาจักรออตโตมานและสังคมมุสลิม โดยบรรดานักกฎหมายอิสลามเองก็ไม่ได้ตระหนักถึงผลกระทบที่จะเกิดจากความนิยมในมัซฮับแบบปิดหูปิดตา สังคมก็มิได้เล็งเห็นถึงความจำเป็นที่ต้องปรับปรุงหรือพัฒนาข้อบัญญัติต่าง ๆ ทางกฎหมายให้เหมาะสมกับยุคสมัย ทำให้ประชาชนส่วนหนึ่งต้องละทิ้งการปฏิบัติตามหลักศาสนบัญญัติ(ชะรีอะฮฺ)และหันไปใช้กฎหมายตะวันตกแทนเพื่อสนองความต้องการใหม่ ๆ ในด้านธุรกิจและการบริหารกิจการงานต่าง ๆ

การปิดประตูการอิจญ์ติฮาดหรือห้ามการวิเคราะห์วินิจฉัยทางกฎหมายอิสลาม ทำให้กฎหมายอิสลามต้องประสบกับภาวะหยุดชะงักและถดถอย รวมทั้งทำให้อำนาจในการกำหนดบทบัญญัติจากเดิมซึ่งเป็นของบรรดานักปราชญ์มุจญ์ตะฮิดเปลี่ยนไปเป็นของผู้นำ เคาะลีฟะฮฺ สุลต่าน กอฎี วาลีย์หรือผู้ปกครองแล้วแต่กรณี โดยในเบื้องต้น จำกัดแต่ในกิจการที่ไม่มีข้อบัญญัติมาก่อน เช่น เรื่องการเงินการคลัง และการบริหารจัดการ โดยบทบัญญัติที่ตราขึ้นนี้เรียกว่า “กอนูน” (กฎหมาย) และในภาษาตุรกีว่า “กอนูน นามะฮฺ” เพื่อแสดงว่าเป็นสิ่งที่เป็นคำสั่งของเคาะลีฟะฮฺหรือสุลต่าน ส่วนบทบัญญัติที่มาจากตำราทางกฎหมายอิสลามใช้คำว่า “ชะรีอะฮฺ” หรือ “ชัรอีย์” และภายหลังจากการปิดประตูอิจญ์ติฮาด เมื่อเคาะลีฟะฮฺหรือสุลต่านได้ดำเนินการตรากฎหมายตาม

ความเห็นของมัซฮับหนึ่งมัซฮับใด หรือนักปราชญ์ทางกฎหมายคนหนึ่งคนใดแล้ว ย่อมมีผลบังคับให้ทุกคนต้องปฏิบัติตาม ในยุคออตโตมานสภาพการณ์เช่นนี้ได้พัฒนาไปอย่างกว้างขวางจนกระทั่งมีการกำหนดกฎหมายโดยยึดถือตามจารีตประเพณี และระบบกฎหมายต่างชาติ กฎหมายที่ใช้ในอาณาจักรออตโตมานจึงมี 2 ประเภทใหญ่ ๆ ได้แก่ กฎหมายชารีอะฮฺ และกฎหมายสุลต่าน หรือที่เรียกว่า "กอนูน นามะฮฺ" ซึ่งเป็นอำนาจของสุลต่านในการบัญญัติกฎหมายในเรื่องที่ไม่มีบทบัญญัติชะรีอะฮฺกำหนดไว้โดยตรง โดยบรรดานักปราชญ์มีสิทธิที่จะเสนอให้ประกาศยกเลิกกฎหมายใด ๆ ที่ขัดแย้งกับกฎหมายชะรีอะฮฺได้

พัฒนาการของกฎหมายอิสลามในยุคนี้ แม้จะมีภาพลักษณ์โดยทั่วไปที่ถดถอยและตกต่ำ แต่ก็มีความพยายามบางอย่างที่ส่งผลต่อการพัฒนากฎหมายอิสลาม[1] เช่น

(1) การบันทึกรวบรวมคำวินิจฉัยข้อบัญญัติทางศาสนา (ฟัตวา) อย่างเป็นระบบและมีกระบวนการ โดยการจัดเรียบเรียงหัวข้อเป็นหมวดหมู่และแบ่งเป็นบทต่าง ๆ สอดคล้องกับหมวดหมู่และบทที่ปรากฏในตำรากฎหมายอิสลาม หนังสือรวบรวมคำฟัตวาเหล่านี้ เป็นเสมือนนิติศาสตร์อิสลามเชิงประยุกต์ ระหว่างหลักการทางทฤษฎี กับการปรับใช้ต่อกรณีเหตุการณ์หรือปัญหาที่เกิดขึ้นแห่งยุคสมัย

(2) การตราพระราชกฤษฎีกาสุลต่านแห่งยุคออตโตมานเกี่ยวกับประเด็นปัญหาทางนิติศาสตร์ เช่น การกำหนดอายุความ โดยการห้ามมิให้ศาลรับฟังคำฟ้องภายหลังจากล่วงเลยเวลาที่กำหนด พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการปรับค่าสินไหม และพระราชกฤษฎีกาสุลต่านในเรื่องอื่นๆ ภายใต้ข้อวินิจฉัยทางกฎหมายอิสลามที่อนุญาตให้เคาะลีฟะฮฺหรือประมุขแห่งรัฐสามารถกำหนดบทบัญญัติตามทัศนะหนึ่งทัศนะใด แม้ว่าเป็นทัศนะที่มีหลักฐานอ่อน หากมีความสอดคล้องเหมาะสมกับยุคสมัยก็สามารถนำมาบัญญัติและบังคับใช้เป็นกฎหมายได้ บรรดานักปราชญ์กฎหมายอิสลามในยุคนี้ ต่างมีความเห็นสอดคล้องกันว่า กฎหมายของสุลต่านหรือเคาะลีฟะฮฺในเรื่องที่ได้บัญญัติตามคำวิเคราะห์วินิจฉัย (อิจญ์ติฮาด) แม้ไม่มีตัวบทอัลกุรอานและสุนนะฮฺระบุไว้โดยตรงก็มีผลบังคับให้ทุกคนต้องปฏิบัติตามได้

(3) การจัดทำและตราประมวลกฎหมายขึ้นบังคับใช้ในตอนปลายของยุคออตโตมาน โดยการสังเคราะห์บทบัญญัติแห่งกฎหมายอิสลามตามมัซฮับหะนะฟี ซึ่งเป็นมัซฮับของอาณาจักรออตโตมานเป็นประมวลกฎหมาย เพื่อตอบสนองความต้องการแห่งยุคสมัยและความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจและกฎหมายกับประเทศยุโรป เป็นแนวทางในการจัดทำและตราประมวลกฎหมายลายลักษณ์อักษรลักษณะต่าง ๆ ขึ้นบังคับใช้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งลักษณะครอบครัวและมรดกในเวลาต่อมา เช่น ในประเทศต่าง ๆ ของโลกมุสลิม รวมทั้งประเทศมาเลเซีย และประเทศฟิลิปปินส์

---

[1] Al-zarqa, op.eit., 215-216.

ในประเทศมาเลเซีย ได้มีการตรากฎหมายอิสลามขึ้นเป็นครั้งแรก ในปี ค.ศ. 1885 ได้แก่ กฎหมายมุฮัมหมัดว่าด้วยการจดทะเบียนการสมรสและการหย่า (The Registration of Muhammadan Marriages and divorces Enactment) เพื่อบังคับใช้ในรัฐเปรัค (Perak) ต่อจากนั้นได้มีการตราพระราชกฤษฎีกาอีกหลายฉบับ เพื่อขยายการบังคับใช้กฎหมายหมายอิสลามในทุกรัฐของสหพันธรัฐมาเลเซีย เช่น ในเขตพื้นที่สหพันธรัฐมีการตราพระราชบัญญัติว่าด้วยกฎหมายครอบครัวอิสลาม (เขตพื้นที่สหพันธรัฐ) (Akta Undang-Undang Keluarga Islam,Wilayah-Wilayah (Persekutuan) 1984) และพระราชบัญญัติว่าด้วยกฎหมายครอบครัวอิสลาม (เขตพื้นที่สหพันธรัฐ) (แก้ไขเพิ่มเติม) (Akta Undang-Undang Keluarga Islam, Wilayah-Wilayah Persekutuan (Pindaan) 2006)

การใช้กฎหมายอิสลามในประเทศมาเลเซียพัฒนามาเป็นลำดับ นอกจากจะมีศาลชะรีอะฮฺและกฎหมายสารบัญญัติที่มีใช้อยู่ในทุกรัฐแล้ว ยังมีพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่งของศาลชะรีอะฮฺในรัฐต่าง ๆ ด้วย กฎหมายอิสลามในประเทศมาเลเซียจึงมีการบัญญัติจำแนกไว้อย่างชัดเจนระหว่างกฎหมายสารบัญญัติและวิธีสบัญญัติอิสลาม

กฎหมายสารบัญญัติอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกในรัฐต่างๆของประเทศมาเลเซียโดยทั่วไปประกอบด้วยหมวดต่าง ๆ ได้แก่ หมวดว่าด้วยการหมั้น การสมรสและการสิ้นสุดการสมรส มีการบัญญัติถึงการกำหนดจำนวนหรือค่าของมะฮัร รูปแบบและกฎเกณฑ์ในการจ่ายมะฮัร การผิดสัญญาหมั้น และการจ่ายค่าทดแทน นอกจากนั้นกฎหมายยังกำหนดค่าใช้จ่ายอื่นๆที่ไม่ได้เป็นบทบัญญัติทางศาสนาอิสลามโดยตรงหากปรากฏเป็นจารีตประเพณีที่ถือปฏิบัติแทรกอยู่ในกฎหมายอิสลามของมาเลเซียด้วย

กฎหมายอิสลามแห่งมาเลเซียให้ความสำคัญกับผู้ประกอบพิธีสมรส โดยทั่วไปกฎหมายกำหนดให้เป็นอำนาจของผู้พิพากษาหรืออิหม่ามเท่านั้น นอกจากบางรัฐที่อนุญาตให้วะลีย์ประกอบพิธีสมรสได้เมื่อได้รับการยินยอมจากผู้พิพากษาหรืออิหม่าม นอกจากนั้นกฎหมายมาเลเซียยังให้ความสำคัญต่อการหย่าร้างเป็นอย่างยิ่ง โดยกำหนดเป็นขั้นตอนและมาตรการต่างๆไว้ค่อนข้างสมบูรณ์และชัดเจน พร้อมทั้งกำหนดให้มีองค์กรที่เกี่ยวข้องกับการบังคับใช้กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกไว้ ได้แก่สภาศาสนาอิสลาม (Majlis Agama Islam) มุฟตีย์ (Mufti) ศาลชะรีอะฮฺ (Mahkamah Syariah) องค์กรอัยการ (Pendakwa Syarie) และองค์กรทนายความ (Peguam Syarie)

ส่วนกฎหมายวิธีสบัญญัตินั้น ศาลชะรีอะฮฺ ประเทศมาเลเซียทุกรัฐมีพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่งศาลชะรีอะฮฺ (Akta Tata Cara Mal Mahkamah Syariah) มีจำนวนมาตราและเนื้อหาที่ใกล้เคียงกัน เนื้อหาที่สำคัญ เช่น ความผูกพันตามกฎหมาย วิธีพิจารณาคดีของศาลชะรีอะฮฺ คำฟ้อง คำให้การคู่ความ ทนายความชะรีอะฮฺ การร้องสอด การแก้ต่างการโอนการพิจารณาคดี การสิ้นสุดของการดำเนินคดี การบังคับคดี พยานหลักฐาน คำพิพากษาและคำสั่งการอุทธรณ์ และอื่นๆ

ในประเทศฟิลิปปินส์มีวิวัฒนาการเกี่ยวกับการใช้กฎหมายอิสลามมาเป็นเวลายาวนาน ตามบันทึกทางประวัติศาสตร์ องค์สุลต่านแห่งเกาะสูลู (Sulu) เป็นบุคคลแรกที่ได้ริเริ่มการประกาศใช้ "*Diwan Taosug*" ในฐานะเป็นประมวลกฎหมายลักษณะบุคคลแห่งสูลู ต่อมาองค์สุลต่านแห่งมินดาเนา (Maguindanou) ได้ประกาศใช้ประมวลกฎหมายลักษณะบุคคลที่ครอบคลุมยิ่งขึ้นที่มีชื่อว่า "*Luwaransa Magindanao*" ต่อมาได้มีการจัดทำประมวลกฎหมายสำหรับบังคับแก่คนมุสลิมแห่งชาติฟิลิปปินส์ (Code of Muslim Personal laws of Philippines (EMPL)) และประกาศให้ใช้ประมวลกฎหมายดังกล่าวไว้ในกฤษฎีกาฉบับที่ 1083 ในปี ค.ศ. 1977 ซึ่งมีผลบังคับใช้จนถึงปัจจุบัน

ประมวลกฎหมายสำหรับบังคับแก่คนมุสลิม (Code of Muslim Personal Law of the Philippines) จัดทำขึ้นโดยยึดหลักคำสอนของสำนักกฎหมายที่ใช้อยู่ในฟิลิปปินส์ส่วนใหญ่ คือสำนักกฎหมายชาฟีอีย์ ทั้งนี้โดยมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญฟิลิปปินส์ มีเนื้อหาแบ่งออกได้เป็น 3 ส่วนใหญ่ๆ คือส่วนหลักทั่วไป ส่วนที่เป็นวิธีสบัญญัติ และส่วนที่เป็นสารบัญญัติ

ส่วนที่ 1 หลักทั่วไปประกอบด้วยชื่อเรียกกฎหมายอิสลามที่ได้ประกาศใช้ จุดมุ่งหมายของการบังคับใช้กฎหมายอิสลาม และการตีความของกฎหมายอิสลาม

ส่วนที่2 วิธีสบัญญัติ ลักษณะของการใช้กฎหมายอิสลามในส่วนที่เป็นวิธีสบัญญัตินั้นประกอบด้วย ขอบเขตการใช้กฎหมายอิสลาม อำนาจศาล คู่สมรส และเขตศาล

ส่วนที3 สารบัญญัติ ประกอบด้วย การสมรส ซึ่งเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับการสมรสของมุสลิม ซึ่งการสมรสของมุสลิมจะต้องกระทำภายใต้บทบัญญัติว่าด้วยการสมรส ซึ่งจะประกอบด้วยเงื่อนไขการสมรส ความสามารถในการสมรส การประกอบพิธีสมรส ผู้มีอำนาจ สถานที่ประกอบพิธีสมรส รายละเอียดเกี่ยวกับสินสอด การจ่ายค่าสินสอด การผิดสัญญาสมรส ข้อห้ามการสมรส การมีภริยาหลายคนของชาย สิทธิและหนี้ระหว่างคู่สมรส ความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างคู่สมรส การหย่า ความเป็นบิดาและมารดา สิทธิของบุตรที่ชอบด้วยกฎหมาย การรับรองบุตร ค่าอุปการะเลี้ยงดู และการเป็นผู้ปกครอง ส่วนบทบัญญัติที่เกี่ยวกับมรดกนั้นประกอบด้วย ข้อกำหนดการรับมรดก การรับมรดก พินัยกรรม และทายาท เหล่านี้เป็นต้น

ประมวลกฎหมายสำหรับบังคับแก่คนมุสลิม (Code of Muslim Personal Law) ได้กำหนดให้มีองค์กรที่มีบทบาทหน้าที่ในการบริหารและพัฒนาการปรับใช้กฎหมายอิสลาม ได้แก่ ศาลชะรีอะฮฺ (Shariah court) คณะกรรมการอิสลาม คณะกรรมการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท และที่ปรึกษากฎหมายอิสลาม สำนักงานทะเบียนสมรสและทะเบียนหย่า และอื่นๆ องค์กรต่างๆ เหล่านี้มีอำนาจหน้าที่ที่มีความสัมพันธ์ซึ่งกันและกัน

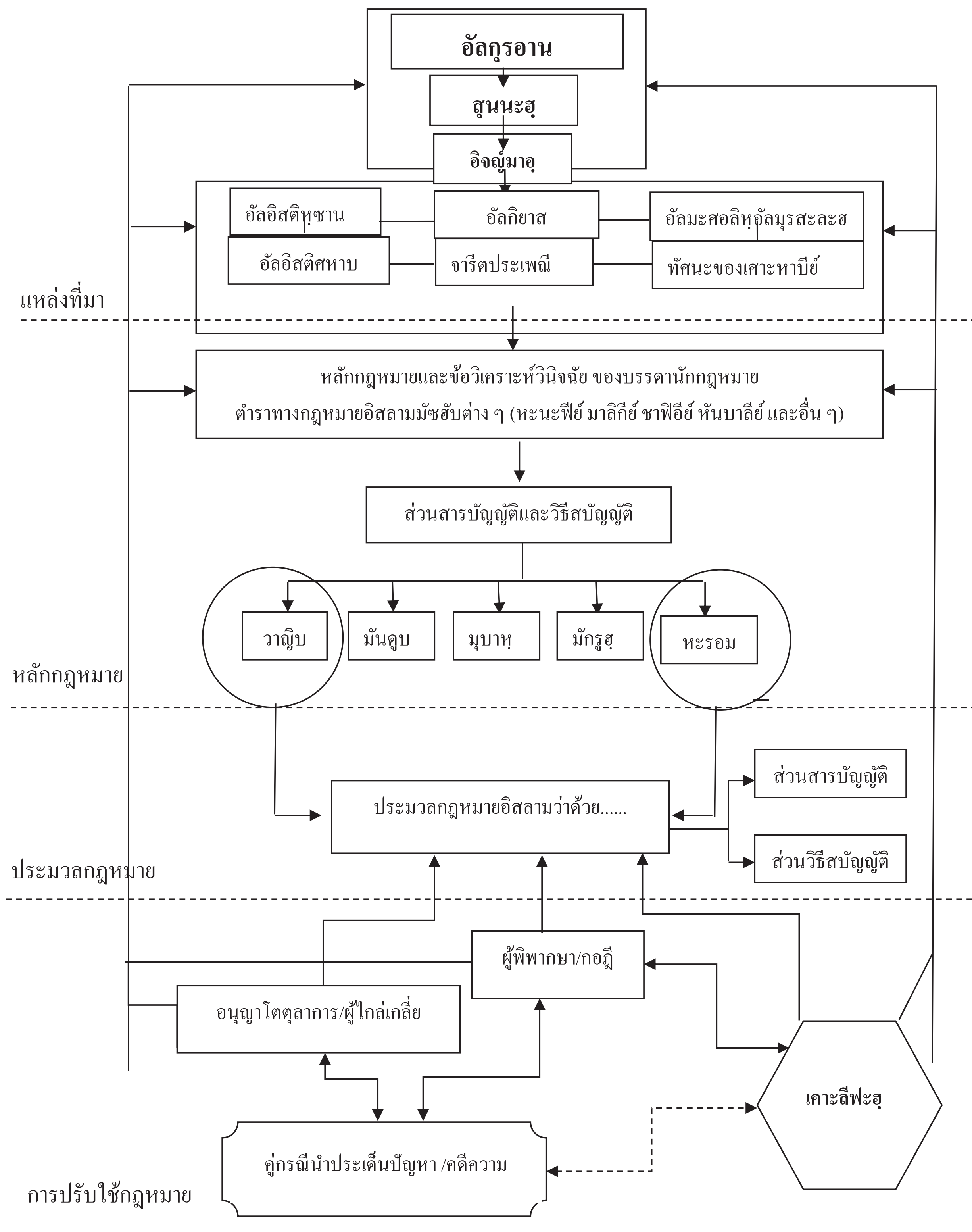
ผลจากการศึกษาตามวัตถุประสงค์ข้อที่ 1 นี้ สะท้อนให้เห็นถึงภาพรวมของระบบการบังคับใช้กฎหมายอิสลามในอดีต ตั้งแต่ยุคของท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ ตราบจนกระทั่งถึงยุคปัจจุบัน

ในอดีตกฎหมายอิสลามเป็นส่วนหนึ่งของวิถีชีวิต ถูกนำไปใช้ในทุกมิติของชีวิตอย่างสมดุล ทั้งในส่วนที่เป็นหน้าที่ต่อพระเจ้า ต่อตัวเอง และต่อผู้อื่น ตลอดจนต่อสิ่งแวดล้อม ภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีความครอบคลุมสมบูรณ์ทั้งในส่วนสารบัญญัติและวิธีสบัญญัติ อันมีที่มาจากคัมภีร์อัลกุรอานและสุนนะฮฺของท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ อิจญ์มาอฺและอิจญ์ติฮาดหรือกิยาส แล้วแต่กรณีตามความจำเป็นแห่งยุคสมัย ทั้งนี้โดยมีท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ บรรดาเศาะหาบะฮฺ บรรดานักปราชญ์ ผู้พิพากษา มุฟตีย์ และเคาะลีฟะฮฺหรือสุลฏอนในยุคสมัยต่างๆ เป็นเสมือนองค์กรนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการในการขับเคลื่อนสนับสนุนและส่งเสริมการบังคับใช้กฎหมายอิสลามโดยอาศัยหลักการอิสลามเป็นเครื่องชี้นำ และตราบใดที่องค์กรเหล่านี้ยืนหยัดอยู่บนหลักการอิสลามอย่างเข้มแข็ง ตราบนั้นกฎหมายอิสลามก็จะมีบทบาทในการจัดระเบียบสังคมอย่างทรงประสิทธิภาพ แต่เมื่อองค์กรเหล่านี้ออกห่างไกลจากหลักการอิสลาม อ่อนแอและไร้เสถียรภาพการบังคับใช้กฎหมายก็ถดถอยและอ่อนด้อยลง ทำให้วิถีชีวิตจริงของคนในสังคมแยกออกต่างหากจากศาสนา กฎหมายอิสลามจึงตกอยู่ในสภาวะการหยุดนิ่ง ไม่วิวัฒนาการไปตามความเจริญก้าวหน้าและความต้องการแห่งยุคสมัย ดังปรากฏในประวัติศาสตร์การบังคับใช้กฎหมายอิสลามตั้งแต่ตอนปลายยุคสมัยเคาะลีฟะฮฺสายสกุลอับบาสเรื่อยมา ตราบจนกระทั่งถึงปลายยุคสมัยออตโตมาน กฎหมายอิสลามถูกจำกัดจนตายตัว จำกัดการวิเคราะห์วินิจฉัย และการบังคับใช้ ส่งผลให้กฎหมายไม่สามารถตอบสนองความต้องการในบางแง่มุม และถอยห่างออกจากวิถีชีวิต ชาวมุสลิมส่วนใหญ่ยึดถือปฏิบัติตามมัซฮับที่ตนเลื่อมใสอย่างหัวปักหัวปำ ยึดมั่นและเชื่อถือตามตำรับตำรามัซฮับใดมัซฮับหนึ่งอย่างเลยเถิด เสมือนเป็นหลักการที่บัญญัติมาจากคัมภีร์อัลกุรอานและสุนนะฮฺไม่มีการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงแม้บริบทแห่งยุคสมัยได้เปลี่ยนไปแล้วก็ตาม สภาพการณ์เช่นนี้ส่งผลกระทบต่อการดำรงชีวิตอยู่ของบุคคลในสังคมที่มีการเปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลา เพราะต้องประสบกับความยากลำบากในการนำกฎหมายอิสลามมาเยียวยาปัญหาต่าง ๆ ได้อย่างถูกต้องเหมาะสม ด้วยเหตุนี้ การยึดติดอยู่กับกฎหมายอิสลามมัซฮับหนึ่งมัซฮับใดแต่เพียงมัซฮับเดียว และปิดประตูการวิเคราะห์วินิจฉัยหรือการอิจญ์ติฮาดนั้น ท้ายที่สุดก็จะนำไปสู่ความคับแคบและถดถอยในเชิงวิชาการทางกฎหมายทั้งที่กฎหมายอิสลามมีความยืดหยุ่นกว้างขวางและตอบสนองความต้องการแห่งยุคสมัย

ด้วยเหตุนี้ นับตั้งแต่ตอนปลายยุคสมัยออตโตมานและหลังสงครามโลกครั้งที่ 1 และครั้งที่ 2 เป็นต้นมา ได้มีการรณรงค์ให้มีการเปิดประตูการอิจญ์ติฮาดใหม่ เพื่อบรรดานักปราชญ์กฎหมายอิสลามจะได้ย้อนกลับสู่การวิเคราะห์วินิจฉัยตัวบทอัลกุรอานและสุนนะฮฺโดยตรง โดยไม่ยึดติดอยู่กับมัซฮับหนึ่งมัซฮับใด และเริ่มมีกระแสการฟื้นฟูการบังคับใช้กฎหมายอิสลามขึ้นใหม่ โดยการเปิดพื้นที่การวิเคราะห์วินิจฉัยและการบังคับใช้กฎหมายอิสลามอย่างครอบคลุมดังเช่นในอดีต เพื่อตอบสนองความต้องการแห่งยุคสมัยในทุกแง่มุมของชีวิต ไม่ยึดติดอยู่กับมัซฮับเดียว โดยปฏิบัติไป

ตามหลักศาสนบัญญัติหรือกฎหมายชะรีอะฮ์ที่เปิดกว้าง บนพื้นฐานของอัลกุรอานและสุนนะฮฺ รวมทั้งมีการชำระสะสาง และจัดทำประมวลกฎหมายอิสลามในลักษณะต่าง ๆ ขึ้นในประเทศ อาหรับหลายประเทศ ซึ่งในช่วงเริ่มต้นเป็นการจัดทำโดยยึดมัซฮับหนึ่งมัซฮับใดเป็นหลัก ดังเช่น การจัดทำประมวลกฎหมายอิสลามลักษณะพาณิชย์ขึ้นเป็นบทและมาตรา เรียกว่า “มะญัลละฮฺอัลอะหฺกามอัลอัดลียะฮฺ” ในปี ฮิจญ์เราะศักราช 1286 และประกาศใช้ในปี ฮิจญ์เราะศักราช 1293 เป็นการจัดทำขึ้นโดยยึดมัซฮับหะนะฟีย์เป็นหลัก ในขณะที่ประเทศมาเลเซียและประเทศฟิลิปปินส์รวมทั้งประเทศไทยยึดมัซฮับชาฟิอีย์ แต่ต่อมาในหลายประเทศได้มีการปรับปรุงแก้ไขให้มีความเหมาะสมและสอดคล้องกับยุคสมัย โดยไม่จำกัดอยู่ในมัซฮับหนึ่งมัซฮับใดแต่เพียงมัซฮับเดียว หากให้นำทัศนะความเห็นจากมัซฮับต่าง ๆ มาประกอบในการกำหนดบทบัญญัติทางกฎหมายตามความเหมาะสม สรุปเป็นแผนภูมิการปรับใช้กฎหมายอิสลาม ดังนี้

แผนภูมิที่ 6.1 แสดงระบบการปรับใช้กฎหมายอิสลาม



จากแผนภูมิข้างต้น แสดงถึงการปรับใช้กฎหมายอิสลามซึ่งประกอบด้วย แหล่งที่มาของกฎหมายอิสลาม หลักกฎหมายอิสลาม ประมวลกฎหมายอิสลาม และกระบวนการปรับใช้กฎหมายอิสลาม

สำหรับแหล่งที่มาของกฎหมายอิสลามนั้น ประกอบด้วยคัมภีร์อัลกุรอานซึ่งถือเป็นธรรมนูญสูงสุดที่ประทานมาจากอัลลอฮฺให้กับท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ โดยการนำมาของมะลาอิกะฮฺผู้ทรงเกียรตินามว่าญิบรีลท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ ได้นำคัมภีร์อัลกุรอานมาใช้ในการดำเนินชีวิตทั้งส่วนตัวและสังคม แก้ไขปัญหาและพิพากษาคดีความต่าง ๆ ที่เกิดขึ้น วิถีปฏิบัติของท่านตลอดจนคำพูดและคำอธิบายของท่านได้ถูกรวบรวมไว้เป็น “สุนนะฮฺ” สุนนะฮฺจึงถือเป็นที่มาของกฎหมายอิสลามที่สำคัญอันดับรองจากอัลกุรอาน และหลังจากที่ท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ ได้กลับสู่ความเมตตาของอัลลอฮฺแล้ว เมื่อมีประเด็นปัญหาอย่างหนึ่งอย่างใดเกิดขึ้นซึ่งไม่สามารถจะค้นหาคำตอบได้จากอัลกุรอานและไม่พบในสุนนะฮฺ บรรดาเศาะหาบะฮฺเหล่านั้นก็จะทำการประชุมปรึกษาหารือหากมีมติเอกฉันท์อย่างไรก็จะปฏิบัติหรือตัดสินประเด็นปัญหาดังกล่าวไปตามมตินั้นมติเอกฉันท์นี้ได้ถูกรวบรวมไว้และถ่ายทอดสืบต่อกันมาเรียกว่า “อัลอิจญ์มาอฺ” ดังนั้นอิจญ์มาอฺจึงถือเป็นที่มาของกฎหมายอิสลามเป็นลำดับถัดจากสุนนะฮฺของท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ ต่อมาเมื่อบรรดาเศาะหาบะฮฺได้กระจัดกระจายกันออกไปพำนักอาศัยอยู่ตามเมืองต่าง ๆ และอาณาจักรอิสลามได้ขยายกว้างขวางขึ้น ทำให้การประชุมปรึกษาทำได้ยากหรือไม่สามารถกระทำได้เลยในบางยุคสมัย เมื่อมีประเด็นปัญหาเกิดขึ้นนอกเหนือจากที่มีบัญญัติอยู่ในอัลกุรอาน สุนนะฮฺ และอิจญ์มาอฺแล้ว บรรดานักปราชญ์จึงต้องทำการวิเคราะห์วินิจฉัยภายใต้กรอบเจตนารมณ์แห่งอัลกุรอานและสุนนะฮฺหรืออีกนัยหนึ่งคือใช้วิธีการ “กิยาส” การกิยาสจึงเป็นที่มาของกฎหมายอิสลามในอันดับถัดจากอัลอิจญ์มาอฺ แหล่งที่มาทั้งสี่ประการนี้เป็นแหล่งที่มาที่บรรดานักปราชญ์ส่วนใหญ่หรือเกือบทั้งหมดยอมรับตรงกันว่าเป็นแหล่งที่มาของกฎหมายอิสลาม

นอกจากนั้น อัลอิสติหฺซาน อัลมะศอลิหฺอัลมุรสะละฮฺ จารีตประเพณี อัลอิสติศหาบ และทัศนะของเศาะหาบีย์ บรรดานักปราชญ์มัซฮับต่าง ๆ มีความคิดเห็นที่แตกต่างกันในการยึดถือเป็นแหล่งที่มาของกฎหมายอิสลาม แต่อาจกล่าวโดยรวมได้ว่า ทั้งหมดนั้นคือแหล่งที่มา ทั้งนี้เป็นแหล่งที่มาที่จัดอยู่ในลำดับถัดจากแหล่งที่มาทั้งสี่ประการข้างต้น อย่างไรก็ตาม แหล่งที่มาของกฎหมายอิสลามทั้งอัลกุรอาน สุนนะฮฺ อิจญ์มาอฺ กิยาส และอื่น ๆ นั้น คือ บ่อเกิดของหลักกฎหมายอิสลามมัซฮับต่าง ๆ ในเวลาต่อมา

หลักกฎหมายอิสลาม หมายถึง บรรดาหลักกฎหมายและข้อวิเคราะห์วินิจฉัยต่าง ๆ ของบรรดานักปราชญ์ทางด้านกฎหมายอิสลาม ที่ได้ทำการวิเคราะห์วินิจฉัยบทบัญญัติแห่งอัลกุรอานและสุนนะฮฺ ตลอดจนแหล่งที่มาอื่นๆ เพื่อปรับใช้กับกรณีต่างๆ ที่เกิดขึ้นจริงหรือเพื่อตอบสมมติฐานทางกฎหมายที่สมมติขึ้นและเรียบเรียงไว้เป็นหนังสือตำราทางกฎหมายอิสลามมัซฮับ

ต่างๆ ที่สำคัญ ได้แก่ มัซฮับหะนะฟีย์ มัซฮับมาลิกีย์ มัซฮับชาฟิอีย์ และมัซฮับหันบาลีย์ หลักกฎหมายเหล่านี้ ประกอบไปด้วยส่วนที่เป็นรากฐานทางกฎหมายหรืออุศูลุ้ลฟิกฮฺ และส่วนที่เป็นข้อบัญญัติรายละเอียดปลีกย่อยต่างๆ หรือที่เรียกว่า "ฟิกฮฺ" โดยไม่จำแนกชัดเจนระหว่างสารบัญญัติและวิธีสบัญญัติ หากเป็นบันทึกเรียบเรียงคละกันไปทั้งส่วนสารบัญญัติและส่วนวิธีสบัญญัติในหนังสือหรือตำราชุดเดียวกัน และครอบคลุมทั้งบทบัญญัติว่าด้วยสิ่งที่เป็นวาญิบ หะรอม มันดูบ มักรูฮฺ และมุบาหฺ หลักกฎหมายอิสลามมัซฮับต่างๆ นี้ นับเป็นแหล่งข้อมูลทางกฎหมายและวิทยาการอิสลามที่กว้างใหญ่ไพศาล และสำคัญยิ่งต่อการพัฒนาและจัดทำประมวลกฎหมายอิสลามว่าด้วยเรื่องครอบครัว มรดก การค้าพาณิชย์ และอื่น ๆ

ประมวลกฎหมายอิสลามว่าด้วยเรื่องต่าง ๆ หมายถึง หลักกฎหมายอิสลามที่จัดทำขึ้นในลักษณะของประมวลกฎหมาย เป็นบรรพและมาตราคล้ายกับกฎหมายตะวันตกเช่น มะญัลละฮฺอัลอะหฺกามอัลอัดลียะฮฺ ซึ่งเป็นประมวลกฎหมายลักษณะพาณิชย์ และประมวลกฎหมายลักษณะครอบครัวและมรดกของประเทศมุสลิมหลายประเทศ รวมทั้งประเทศมาเลเซีย และฟิลิปปินส์ โดยในการจัดทำประมวลกฎหมายมุ่งเน้นแต่เฉพาะบทบัญญัติที่มีสภาพบังคับในทางกฎหมายหรือทางศาลเท่านั้น อันได้แก่หลักกฎหมายที่เป็นวาญิบและหะรอม ส่วนที่เป็นมันดูบ มักรูหฺ และมุบาหฺไม่มีสภาพบังคับโดยทางกฎหมาย แต่เป็นบทบัญญัติส่งเสริมให้ปฏิบัติหรือละทิ้งโดยทางศาสนา มิได้นำมาบัญญัติเป็นประมวลกฎหมาย เว้นแต่ในกรณีที่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์สุขส่วนรวม เคาะลีฟะฮฺสามารถกำหนดเป็นบทบัญญัติให้มีสภาพบังคับ และตราเป็นประมวลกฎหมายเพื่อประกาศใช้บังคับได้ และสามารถจัดทำโดยแยกระหว่างกฎหมายสารบัญญัติและวิธีสบัญญัติก็ได้ เหมือนเช่นกรณีของประเทศมาเลเซีย และฟิลิปปินส์ เพื่อสะดวกและความชัดเจนแก่ทุกฝ่ายในการปรับใช้ แม้ว่านักปราชญ์มุสลิมบางท่านปฏิเสธเรื่องการจัดทำประมวลกฎหมายแต่ให้มีการปรับใช้กฎหมายอิสลามตามอัลกุรอานและสุนนะฮฺตลอดจนหลักกฎหมายอิสลามซึ่งมีอยู่อย่างครบถ้วนสมบูรณ์

การปรับใช้กฎหมายอิสลาม คือ กระบวนการนำบทบัญญัติแห่งกฎหมายอิสลามมาปรับใช้กับประเด็นปัญหาหรือคดีความต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นตลอดจนวิถีการดำเนินชีวิตมุสลิมอย่างเป็นระบบซึ่งจะต้องอาศัยอำนาจของเคาะลีฟะฮฺศาล ผู้พิพากษาหรือกอฎี และอนุญาโตตุลาการแล้วแต่กรณีทั้งนี้ โดยมิใช่เป็นการติดสินกันเอง หรือโดยใช้กฎหมายอื่นใด แต่จะต้องใช้กฎหมายอิสลามซึ่งอาจอยู่ในรูปของประมวลกฎหมายหากมีการตราเป็นประมวลกฎหมาย หรือในกรณีที่ไม่มีการตราเป็นประมวลกฎหมาย ก็อาจใช้หลักกฎหมายมัซฮับต่าง ๆ ตามความเหมาะสม หรืออาจใช้บทบัญญัติอัลกุรอานและสุนนะฮฺตลอดจนแหล่งที่มาอื่น ๆ โดยตรง เพื่อประกอบการพิจารณาและปรับใช้กฎหมายอิสลาม ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับศักยภาพของเคาะลีฟะฮฺศาล ผู้พิพากษา หรืออนุญาโตตุลาการว่ามีคุณสมบัติในการวิเคราะห์วินิจฉัยหรืออิจญ์ติฮาดมากน้อยเพียงใด และแม้ว่าจะมีการประกาศใช้

ประมวลกฎหมายอิสลามไว้แล้วก็ตามเคาะลีฟะฮฺศาล ผู้พิพากษาหรือกอฎี และอนุญาโตตุลาการพึงต้องพิจารณาถึงความสอดคล้องกับอัลกุรอาน สุนนะฮฺ อิจญ์มาอฺ กิยาส และแหล่งที่มาอื่น ๆ รวมทั้งหลักกฎหมายมัซฮับต่าง ๆ ด้วยเสมอ เพื่อความถูกต้องยุติธรรมและเหมาะสมกับบริบทแห่งยุคสมัย

วัตถุประสงค์ข้อที่ 2 ศึกษาการใช้กฎหมายอิสลามและองค์กรบริหารและพัฒนาการปรับใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย

พัฒนาการการใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย

การใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทยมีความเป็นมาช้านาน นับตั้งแต่สมัยกรุงสุโขทัย โดยมีการใช้กฎหมายอิสลามในบริเวณทางตอนใต้ หรือที่เรียกว่าจังหวัดชายแดนภาคใต้ในปัจจุบัน ในฐานะเป็นหัวเมืองประเทศราชที่อยู่ภายใต้การปกครองของสยาม แต่การบริหารกิจการทั้งหลายดำเนินไปด้วยความเป็นอิสระ เจ้าเมืองสามารถปกครองเมืองตามธรรมเนียมประเพณีและหลักความเชื่อทางศาสนาอิสลามได้ เพราะเจ้าเมืองและประชาชนเกือบทั้งหมดนับถือศาสนาอิสลาม การตัดสินคดีความอยู่ในอำนาจของเจ้าเมือง กฎหมายอิสลามในยุคนั้น จึงเป็นกฎกติกาของการสร้างความสัมพันธ์ และเป็นหลักเกณฑ์ในการตัดสินความขัดแย้งระหว่างประชาชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องครอบครัวและมรดก

ต่อมาในสมัยกรุงศรีอยุธยา การใช้กฎหมายอิสลามมีความเป็นระบบและแผ่คลุมกว้างขวางยิ่งขึ้น มีการแต่งตั้งจุฬาราชมนตรีอย่างเป็นทางการให้เป็นผู้นำชาวมุสลิม มีอำนาจหน้าที่ในการรับเรื่องราวร้องทุกข์และพิจารณาคดีครอบครัวมรดกของผู้นับถือศาสนาอิสลาม แต่บทบาทหน้าที่ตุลาการรับเรื่องราวร้องทุกข์และตัดสินคดีความระหว่างมุสลิมของจุฬาราชมนตรีถูกยกเลิกไป เมื่อได้มีการจัดตั้งกระทรวงยุติธรรมขึ้นในสมัยรัชกาลที่ 5 ซึ่งต่อมากฎหมายที่บัญญัติเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของจุฬาราชมนตรีไม่ได้บัญญัติให้จุฬาราชมนตรีมีอำนาจหน้าที่ในด้านการตัดสินคดีความเกี่ยวกับครอบครัวและมรดกอีก การใช้กฎหมายอิสลามยังคงอยู่เฉพาะในบริเวณเจ็ดหัวเมือง แต่มีรูปแบบที่แตกต่างไปจากเดิม โดยในระยะแรก รัฐได้จัดให้มีคณะผู้พิพากษาทำการพิจารณาตัดสินคดีตามกระบวนการยุติธรรมสมัยใหม่ แต่คดีที่เกี่ยวกับครอบครัวมรดกในลัทธิศาสนาอิสลามให้พิจารณาตามหลักกฎหมายอิสลามโดยไม่ได้ทำการยกเลิก แต่ได้มีการแก้ไขด้วยการเลือกผู้รู้ทางศาสนาอิสลามที่มีคนนับถือมากเป็นดะโต๊ะยุติธรรมขึ้นไว้คณะหนึ่งราว 20 คน ถ้าคนนับถือศาสนาอิสลามเป็นความกัน หรือเป็นจำเลยในคดีที่ต้องตัดสินด้วยกฎหมายทางศาสนาอิสลาม คือ ความผัวเมียหรือความมรดก ให้คู่ความเลือกดะโต๊ะยุติธรรมที่ตั้งไว้เป็นอนุญาโตตุลาการฝ่ายละคน หรือหลายคนตามตกลง มานั่งชำระและตัดสินคดีความในศาลทั่วไป แต่ถ้าคู่ความเป็นไทยพุทธหรือคดีประเภทอื่น ศาลทั่วไปจะเป็นผู้ชำระและตัดสินคดีตามกฎหมายบ้านเมือง ในระยะนี้เจ้าเมืองมี

อำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีต่าง ๆ ตามหลักกฎหมายอิสลาม ซึ่งมีอำนาจเต็มทั้งในด้านการพิจารณาข้อกฎหมายและข้อเท็จจริง

ในระยะต่อมา เมื่อมีการประกาศใช้กฎข้อบังคับสำหรับการปกครองบริเวณ 7 หัวเมือง ร.ศ. 120 การใช้กฎหมายอิสลามในระยะนี้ เป็นอำนาจหน้าที่ของผู้พิพากษากฎหมายอิสลาม ที่เรียกว่า "กอฎี" ในภาษาอาหรับ และในภาษามลายูจะมีการเพิ่มคำว่า "โต๊ะ" นำหน้า ซึ่งเป็นคำที่บ่งบอกถึงการให้เกียรติ เรียกกันว่า โต๊ะกอฎี แต่มีการเพี้ยนคำในกฎข้อบังคับสำหรับปกครองบริเวณ 7 หัวเมือง ร.ศ.120 ข้อที่ 32 เรียกว่า "โต๊ะกาลี" ในสารตราของเสนาบดีกระทรวงยุติธรรม ที่ 30/4353 วันที่ 24 กันยายน พ.ศ. 2460 กล่าวถึงกฎหมายอิสลามในฐานะที่เป็น "ลัทธิประเพณีอิสลาม" และเรียกผู้พิพากษาว่า "โต๊ะกาซี" และ "โต๊ะกอฎี" อย่างไรก็ตาม สารตราของเสนาบดีกระทรวงยุติธรรม ที่ 30/4353 นี้ กำหนดให้เรียกตุลาการผู้พิจารณาและตัดสินคดีความตามประเพณีอิสลามเสียใหม่ว่า "ดะโต๊ะยุติธรรม" แทน เทียบคำ "เสนายุติธรรม" ในมณฑลพายัพ และกำหนดให้มีหน้าที่เป็นผู้พิจารณาและตัดสินคดีความตามกฎหมายอิสลาม

กฎข้อบังคับสำหรับปกครองบริเวณ 7 หัวเมือง ร.ศ. 120 หรือ พ.ศ. 2444 เป็นกฎหมายฉบับแรก ที่ได้กำหนดรูปแบบการใช้กฎหมายอิสลามไว้อย่างชัดเจน โดยกำหนดให้ใช้กฎหมายอิสลามในคดีแพ่งที่เกี่ยวด้วยครอบครัวมรดกในกรณีที่ผู้ที่นับถือศาสนาอิสลามเป็นทั้งโจทก์จำเลย หรือเป็นจำเลย ซึ่งเดิมก่อนประกาศใช้กฎข้อบังคับสำหรับปกครองบริเวณ 7 หัวเมือง ร.ศ. 120 นั้น การใช้กฎหมายอิสลามยังไม่มีขอบเขตที่แน่นอน เป็นเพียงแต่รัฐได้ยินยอมให้เจ้าเมืองนำเอากฎหมายอิสลามมาพิจารณาตัดสินคดีที่เกี่ยวด้วยลัทธิศาสนาอิสลาม

ต่อมาในปี พ.ศ.2460 การใช้กฎหมายอิสลามก็มีวิวัฒนาการไปอีกขั้นหนึ่ง เมื่อได้มีการขยายขอบเขตการใช้กฎหมายอิสลามให้รวมถึงจังหวัดสตูล และมีการวางระเบียบในการใช้กฎหมายอิสลามอย่างชัดเจนมากขึ้น ดังปรากฏในสารตราของกระทรวงยุติธรรมที่ 30/4353 ลงวันที่ 24 กันยายน พ.ศ. 2460 โดยกำหนดตำแหน่งตุลาการฝ่ายอิสลามให้เรียกว่าดะโต๊ะยุติธรรม มีหน้าที่เป็นผู้ปรับบทกฎหมายอิสลาม เป็นตุลาการบังคับคดีแพ่งว่าด้วยครอบครัวและมรดกตามกฎหมายอิสลาม และต้องมีคุณสมบัติเป็นผู้ที่ประชาชนมุสลิมนับถือ เหมาะสมด้วยวัยวุฒิควรแก่การเคารพในฐานะเป็นผู้อาวุโสที่มีความรอบรู้ในหลักกฎหมายอิสลาม และมีความจงรักภักดีต่อแผ่นดิน การใช้กฎหมายอิสลามมีเขตอำนาจพิจารณาคดีเฉพาะคดีแพ่งลักษณะผัวเมียและมรดก โดยดะโต๊ะยุติธรรมที่ตัดสินนั้น ต้องลงชื่อในการพิพากษา 2 คน หรือพร้อมกับผู้พิพากษาศาลจังหวัดรวมเป็น 2 คน และคดีที่จะต้องบังคับตามหลักกฎหมายว่าด้วยครอบครัวมรดกนั้น คู่ความจะต้องนับถือศาสนาอิสลาม ซึ่งเดิมตามกฎข้อบังคับสำหรับปกครองบริเวณเจ็ดหัวเมืองนั้น เพียงแต่คู่ความที่จะเป็นจำเลยนับถือศาสนาอิสลาม ก็สามารถบังคับตามหลักกฎหมายอิสลามได้

ในปี พ.ศ. 2472 กระทรวงยุติธรรมได้จัดทำหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกขึ้น เนื่องจากการใช้กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกบังคับแก่คดีนั้น เดิมจะต้องอาศัยตำรากฎหมายอิสลาม ซึ่งเป็นภาษามาลายูและภาษาอาหรับ ทำให้ไม่สะดวกแก่การวินิจฉัยชี้ขาดคดี และได้จัดทำแล้วเสร็จในปี พ.ศ. 2484 เรียกว่า "หลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก" และได้พิมพ์แจกจ่ายให้แก่ศาลที่ต้องใช้ทุกศาล โดยให้ดะโต๊ะยุติธรรมและผู้ร่วมการประชุมลงนามรับรองว่า เมื่อมีคดีเกิดขึ้นดะโต๊ะยุติธรรมจะชี้ขาดบังคับคดีตามหลักกฎหมายอิสลามที่รวบรวมไว้นี้ตลอดไป

หลังจากมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 และ บรรพ 6 เมื่อ พ.ศ. 2477 กฎหมายยังกำหนดให้ใช้กฎหมายอิสลามได้ดังเดิม แต่ต่อมาเมื่อคติชาตินิยมขยายตัวในช่วงสงครามโลก เมื่อปี พ.ศ. 2485 จึงได้มีประกาศพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติให้ใช้พระราชบัญญัติ บรรพ 5 และบรรพ 6 ซึ่งเป็นผลให้ยกเลิกการใช้กฎหมายอิสลามอันเกี่ยวกับครอบครัวและมรดกใน 4 จังหวัดภาคใต้ ฉะนั้นความจำเป็นที่จะต้องมีกฎหมายอิสลามจึงเป็นอันระงับ จนกระทั่งถึง ปี พ.ศ. 2489 จึงได้มีประกาศพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล

หลังสิ้นสุดสงครามโลก มีการหวนกลับมาใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทยอีกครั้งหนึ่ง โดยมีการตราพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ. 2489 ขึ้น เป็นกฎหมายที่กำหนดให้นำหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกมาใช้ในเขตพื้นที่ 4 จังหวัดชายแดนภาคใต้ โดยมี "หลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก" เป็นคู่มือในการดำเนินการพิจารณาคดีในข้อกฎหมายอิสลาม แต่ในทางปฏิบัติดะโต๊ะยุติธรรมมักจะค้นคว้าจากตำรากฎหมายอิสลามเพิ่มเติม ประกอบกับความรู้ความเข้าใจของตน แม้ว่ามีคำสั่งกระทรวงยุติธรรมให้ยึดถือหลักกฎหมายอิสลามดังกล่าวนั้นเป็นหลักในการบังคับคดีว่าด้วยครอบครัวและมรดกอิสลามก็ตาม

การใช้กฎหมายอิสลามตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลาม ในเขตจังหวัดปัตตานี ยะลา นราธิวาส และสตูล พ.ศ. 2489 นั้น เป็นการใช้เฉพาะในคดีครอบครัวและมรดกของมุสลิมที่โจทก์จำเลย หรือผู้ร้องในคดีที่ไม่มีข้อพิพาทเป็นมุสลิมเท่านั้น โดยมีดะโต๊ะยุติธรรมร่วมพิจารณาในส่วนของข้อกฎหมายอิสลาม และคำวินิจฉัยของดะโต๊ะยุติธรรมในข้อกฎหมายอิสลามเป็นอันเด็ดขาด ไม่มีการอุทธรณ์หรือฎีกา ส่วนอายุความมรดกในการใช้กฎหมายอิสลามตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลาและสตูล พ.ศ. 2489 เป็นข้อยกเว้นการบังคับใช้กฎหมายอิสลาม

บทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลาม ยังขาดรายละเอียดที่เป็นสาระสำคัญสำหรับการใช้กฎหมายอิสลามอีกมาก จึงทำให้การใช้กฎหมายอิสลามไม่ราบรื่น

ในทางปฏิบัติ เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่สามารถรับรองสิทธิอันเกิดจากสถานะทางครอบครัวตามกฎหมายอิสลามได้ กระทรวงยุติธรรมจึงได้จัดให้มีการสัมมนาการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลาและสตูล ระหว่าง วันที่ 13-14 มีนาคม 2525 ณ หอประชุมเทศบาลเมืองหาดใหญ่ จังหวัดสงขลา แต่ผลสรุปของการสัมมนาในครั้งนี้ จำกัดอยู่แต่เฉพาะกรณีปัญหาการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ของรัฐเกี่ยวกับการใช้กฎหมายอิสลามในกรณีที่มีการขัดแย้งกับหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายอาญา หรือกฎหมายอื่น ซึ่งเป็นปัญหาปลีกย่อย ในขณะที่รากเหง้าของปัญหาที่แท้จริงหลายปัญหายังมิได้รับการพิจารณาเพื่อหาทางแก้ไข โดยเฉพาะอย่างยิ่งปัญหาสถานะของกฎหมายอิสลามในระบบกฎหมายไทย ซึ่งนำไปสู่ปัญหาการใช้กฎหมายอิสลามแก่กรณีที่มิได้เป็นคดีในศาล ปัญหาเสรีภาพในการนับถือศาสนากับปัญหาขอบเขตบังคับของกฎเกณฑ์ทางศาสนาเหนือศาสนิกชนของศาสนานั้น ซึ่งนำไปสู่ปัญหาการขยายขอบเขตการใช้กฎหมายอิสลามให้ครอบคลุมจังหวัดอื่นนอกเขต 4 จังหวัดภาคใต้ และปัญหาเรื่องจำเลยที่เป็นมุสลิมย้ายภูมิลำเนาออกจากเขต 4 จังหวัดภาคใต้เพื่อหลีกเลี่ยงไม่ใช้กฎหมายอิสลามในการวินิจฉัยชี้ขาด ปัญหาการอุทธรณ์-ฎีกา คำวินิจฉัยชี้ขาดของดะโต๊ะยุติธรรม และอื่น ๆ ซึ่งเป็นปัญหาสำคัญแต่ที่ประชุมสัมมนาส่วนใหญ่เห็นว่า สภาพที่เป็นอยู่นั้นมีความเหมาะสมและเป็นธรรมดีแล้ว และถ้าหากมีปัญหาในทางปฏิบัติ ก็เห็นควรให้แก้ไขโดยทางการบริหารและการปกครอง มิจำต้องแก้ไขตัวบทกฎหมาย

“หลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก” ในประเทศไทย

หลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกเป็นคู่มือกฎหมายอิสลาม มีสถานะคล้ายกับประมวลกฎหมายครอบครัวและมรดกอิสลาม กระทรวงยุติธรรมได้จัดทำขึ้นแล้วเสร็จในปี พ.ศ.2484 และให้ดะโต๊ะยุติธรรมลงนามไว้ เพื่อรับรองว่าเมื่อมีคดีเกิดขึ้น ดะโต๊ะยุติธรรมจะชี้ขาดบังคับคดีตามหลักกฎหมายอิสลามที่รวบรวมไว้นี้ตลอดไป หากมีปัญหาใดซึ่งไม่มีกล่าวไว้ในหลักกฎหมายนี้จะบังคับได้ ก็ให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับเท่าที่ไม่ขัดแย้งกับหลักกฎหมายนี้ แต่กระนั้นก็ตาม หลักกฎหมายนี้ มิใช่พระราชบัญญัติหรือประมวลกฎหมาย ดังนั้นจึงไม่มีสภาพบังคับเหมือนเช่นกฎหมายหรือพระราชบัญญัติอื่น ๆ ทั่วไป หลักกฎหมายฉบับนี้ จึงมีสถานะเพียงเป็นคู่มือหรือแนวทางในการบังคับใช้กฎหมายอิสลาม เท่านั้น

หลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกดังกล่าว ประกอบด้วย ข้อความเบื้องต้น บรรพ 1 ครอบครัว บรรพ 2 มรดก ในบรรพครอบครัว มี5 ลักษณะบรรพมรดกมี6 ลักษณะ คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกนี้ มีลักษณะเป็นตำรารวบรวมคำอธิบาย (ฟัตวา)

ทางกฎหมายอิสลามสำหรับผู้พิพากษา โดยการคัดสรรคำอธิบาย (ฟัตวา) ดังกล่าวจากตำรากฎหมายอิสลามในมัซฮับชาฟิอีย์

เนื้อหาของคู่มือนี้ ประกอบด้วยเนื้อหาด้านสารบัญญัติดังที่ปรากฏอยู่ในตำรากฎหมายอิสลามทั่วไป แต่ก็ยังขาดเนื้อหาอีกบางส่วน เช่น การเรียกร้องค่าเสียหายกรณีผิดสัญญาหมั้น กรณีสินสมรส เป็นต้น และไม่มีเนื้อหาด้านวิธีสบัญญัติที่จำเป็นสำหรับการใช้กฎหมายอิสลาม นอกจากในกรณีที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับความสมบูรณ์ของสัญญาต่างๆ ดังกล่าวเท่านั้น ผู้ร่างคู่มือไม่ได้บรรจุเนื้อหาสาระใด ๆ ที่เกี่ยวกับองค์กรหรือการจัดการต่าง ๆ ที่จำเป็นสำหรับการใช้กฎหมายอิสลาม ดังที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายทั่วไป เช่น การจดทะเบียนสมรส ผู้มีอำนาจจดทะเบียนสมรส การจดทะเบียน ผู้มีอำนาจจดทะเบียนหย่า การจัดการทรัพย์สินหลังสิ้นสุดการสมรส เป็นต้น นอกจากนั้น สาระบางส่วนมีลักษณะเป็นคำสอนทางศาสนา เป็นสิ่งควรกระทำไม่มีสภาพบังคับตามลักษณะของกฎหมาย

องค์กรบริหารและพัฒนาการปรับใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย

กระทรวงยุติธรรมและสำนักงานศาลยุติธรรม เป็นองค์กรบริหารและพัฒนาการปรับใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย โดยที่จุฬาราชมนตรี คณะกรรมการกลางอิสลามแห่งประเทศไทย คณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัด และคณะกรรมการอิสลามประจำมัสยิด มีอำนาจหน้าที่ตามพระราชบัญญัติการบริหารองค์กรศาสนาอิสลาม พ.ศ. 2540 ซึ่งตามกฎหมายดังกล่าวจุฬาราชมนตรีมีหน้าที่เกี่ยวกับการวินิจฉัยกฎหมายอิสลาม คณะกรรมการกลางอิสลามแห่งประเทศไทย คณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัด และคณะกรรมการอิสลามประจำมัสยิด เกี่ยวข้องกับการใช้กฎหมายครอบครัวและมรดกอิสลามในการทำหน้าที่ประนีประนอมข้อพิพาท เกี่ยวกับเรื่องครอบครัวและมรดกตามบัญญัติแห่งศาสนาอิสลาม เมื่อได้รับการร้องขอเท่านั้น

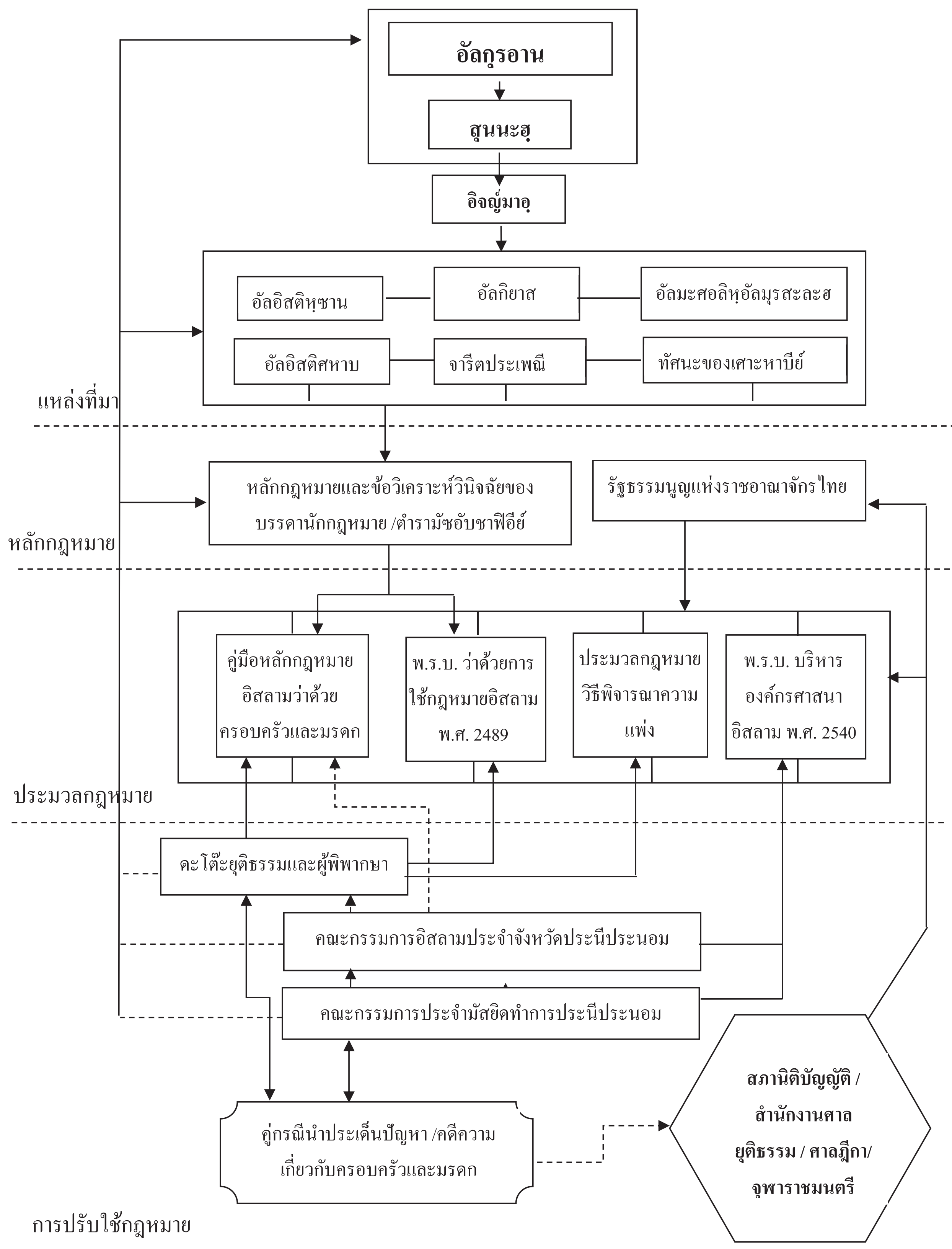
รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยให้ความคุ้มครองการปฏิบัติศาสนกิจตามลัทธิความเชื่อในหลักศาสนา ทั้งยังให้สิทธิแก่ชุมชน ในการอนุรักษ์หรือฟื้นฟูจารีตประเพณีและภูมิปัญญาท้องถิ่น ดังนั้นชุมชนมุสลิมจึงอาจบังคับใช้กฎหมายอิสลามได้ ภายใต้กรอบหลักเกณฑ์และบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ

กล่าวได้ว่า การใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย เป็นการใช้แต่เพียงบางส่วน คือ ส่วนที่เกี่ยวกับครอบครัวและมรดก ยังไม่ปรากฏหลักฐานใด ๆ ยืนยันถึงการใช้กฎหมายอิสลามอย่างครบถ้วนสมบูรณ์ แม้จะมีบันทึกทางประวัติศาสตร์ว่าเมืองปัตตานีภายใต้การปกครองของสยามจะมีอิสระอย่างมากในการบังคับใช้กฎหมายอิสลาม สามารถใช้บังคับได้ทั้งในส่วนที่เป็นกฎหมายแพ่งและกฎหมายอาญาก็ตาม แต่กฎหมายอิสลามที่มีการบังคับใช้อย่างต่อเนื่องมีเพียงการใช้กฎหมายอิสลามเฉพาะกรณีว่าด้วยครอบครัวและมรดก ซึ่งเป็นการใช้เพียงส่วนหนึ่งอันน้อยนิด

เท่านั้น เมื่อเทียบกับหลักกฎหมายอิสลามที่ครอบคลุมวิถีชีวิตของมุสลิม อีกทั้งมีการตีความในการบังคับใช้อย่างเคร่งครัด คือให้มีผลบังคับเฉพาะเรื่องครอบครัวและมรดกเท่านั้น หากเป็นกรณีที่มรดกคาบเกี่ยวกับนิติกรรมสัญญาอื่น ๆ ซึ่งหลักกฎหมายอิสลามมิได้บัญญัติไว้โดยเฉพาะใน ในทางปฏิบัติกรณีมักจะถูกตีความให้บังคับตามกฎหมายแพ่ง นอกจากนั้น การบังคับใช้กฎหมายอิสลาม เป็นการใช้กับมุสลิมที่มีภูมิลำเนาอยู่ใน 4 จังหวัดชายแดนภาคใต้เท่านั้น ไม่มีผลบังคับกับมุสลิมในจังหวัดอื่นๆ ทำให้เกิดปัญหาเรื่องการย้ายภูมิลำเนาออกจาก 4 จังหวัดภาคใต้เพื่อหลบหนีการบังคับคดีตามกฎหมายอิสลาม และการย้ายออกจากจังหวัดอื่น ๆ เข้าสู่ 4 จังหวัดภาคใต้ เพื่อหลบหนีคดีอาญาที่เกี่ยวข้อง การใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทยจึงเป็นการบังคับใช้แต่เพียงบางส่วนไม่ครอบคลุมทั้งในด้านเนื้อหา ด้านประชากรและเขตพื้นที่การบังคับใช้ ทั้งยังมีปัญหาอุปสรรคในเรื่องของประสิทธิภาพในการบังคับใช้อีกหลายประการ

ผลจากการศึกษาตามวัตถุประสงค์ข้างต้น สะท้อนให้เห็นสภาพและปัญหาของระบบการบังคับใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย ที่ยังไม่ครอบคลุมประเด็นสำคัญในเรื่องครอบครัวและมรดก ซึ่งความไม่ครอบคลุมดังกล่าวกระทบต่อสิทธิประโยชน์ที่มุสลิมพึงได้รับตามกฎหมาย ดังตัวอย่างที่กล่าวข้างต้น นอกจากนั้น ระบบกฎหมายอิสลามมีความแตกต่างจากระบบกฎหมายไทย เพราะกฎหมายอิสลามมีอัลกุรอานเป็นธรรมนูญสูงสุด ในขณะที่กฎหมายไทยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยคือกฎหมายสูงสุด กฎหมายใดจะขัดหรือแย้งมิได้ จึงจำเป็นจะต้องศึกษาจุดเหมือนจุดต่างและจุดที่มีความยืดหยุ่นของกฎหมายทั้งสองระบบ เพื่อการปรับปรุงพัฒนาและบังคับใช้กฎหมายอิสลามภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรได้อย่างมีประสิทธิภาพ จัดทำหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก ให้ครอบคลุมทุกส่วนที่บกพร่องให้สมบูรณ์มากที่สุด และมีผลบังคับใช้ในทางปฏิบัติแก่ทุกหน่วยงานและองค์กรที่เกี่ยวข้องอย่างเป็นรูปธรรมรวมทั้งการจัดตั้งองค์กรต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องและเหมาะสมกับภารกิจบริหารและพัฒนาการปรับใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย ดังสรุปเป็นแผนภูมิการปรับใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย ดังนี้

แผนภูมิที่ 6.2 แสดงระบบการปรับใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย



จากแผนภูมิข้างต้น แสดงถึงการปรับใช้กฎหมายอิสลามในประเทศ ซึ่งประกอบด้วยแหล่งที่มาของกฎหมายอิสลาม หลักกฎหมายอิสลาม ประมวลกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย และกระบวนการปรับใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย

สำหรับแหล่งที่มาของกฎหมายอิสลามนั้น ประกอบด้วยคัมภีร์อัลกุรอาน สุนนะฮฺ อิจญ์มาอฺ และอัลอิจญ์ติฮาดหรือกิยาส ซึ่งเป็นแหล่งที่มาที่บรรดานักปราชญ์ส่วนใหญ่หรือเกือบทั้งหมดเห็นพ้องต้องกันว่า เป็นแหล่งที่มาของกฎหมายอิสลาม นอกจากนั้น อัลอิสติหฺซาน อัลมะศอลิหฺอัลมุรสะละฮฺ จารีตประเพณี อัลอิสติศหาบ และทัศนะของเศาะหาบีย์ซึ่งบรรดานักปราชญ์มัซฮับต่างๆ มีความคิดเห็นที่แตกต่างกันในการยึดถือเป็นแหล่งที่มาของกฎหมายอิสลาม อย่างไรก็ตามจากแหล่งที่มาเหล่านี้เป็นบ่อเกิดของหลักกฎหมายอิสลามมัซฮับต่าง ๆ

หลักกฎหมายอิสลาม หมายถึง บรรดาหลักกฎหมายและข้อวิเคราะห์วินิจฉัยต่าง ๆ ของบรรดานักปราชญ์ทางด้านกฎหมายอิสลามที่ได้ทำการวิเคราะห์วินิจฉัยบทบัญญัติแห่งอัลกุรอานและสุนนะฮฺตลอดจนแหล่งที่มาอื่น ๆ เพื่อปรับใช้กับกรณีต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นจริงหรือเพื่อตอบสมมติฐานทางกฎหมายที่สมมติขึ้น และเรียบเรียงไว้เป็นหนังสือตำราทางกฎหมายอิสลามมัซฮับต่างๆ ที่สำคัญ ได้แก่ มัซฮับหะนะฟีย์ มัซฮับมาลิกีย์ มัซฮับชาฟิอีย์ และมัซฮับหันบาลีย์ แต่ในประเทศไทยนิยมยึดถือตามมัซฮับชาฟิอีย์ หลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกของมุสลิมไทย จึงจำกัดอยู่แต่เฉพาะมัซฮับชาฟิอีย์ นอกจากนั้น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยก็มีบทบาทสำคัญต่อการปรับใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย เพราะรัฐธรรมนูญคือสัญญาประชาคมของปวงชนชาวไทย หากพิจารณาในมุมของกฎหมายอิสลามแล้ว ถือเป็นส่วนหนึ่งของจารีตประเพณีที่ผลบังคับและเป็นแหล่งที่มาของกฎหมายอิสลามได้ เท่าที่ไม่ขัดต่ออัลกุรอานและสุนนะฮฺท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ

ประมวลกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการปรับใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทยที่สำคัญ ได้แก่ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย พ.ศ.2489 หลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก พระราชบัญญัติบริหารองค์กรศาสนาอิสลาม พ.ศ. 2540 บทบัญญัติแห่งกฎหมายทั้ง 4 ฉบับนี้ อยู่ใต้บังคับแห่งรัฐธรรมนูญไทย ดังนั้น หากบทบัญญัติใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญย่อมไม่มีผลบังคับ ยิ่งกว่านั้น พระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย พ.ศ.2489 หลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก และพระราชบัญญัติบริหารองค์กรศาสนาอิสลาม พ.ศ. 2540 ซึ่งเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการปรับใช้กฎหมายอิสลามโดยตรง ย่อมมุ่งจะให้ใช้โดยสอดคล้องหรือไม่ขัดแย้งต่อบทบัญญัติแห่งอัลกุรอานและสุนนะฮฺซึ่งเป็นธรรมนูญสูงสุดในระบบกฎหมายอิสลามด้วย อนึ่ง หลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกยังไม่ได้จัดทำเป็นประมวลกฎหมาย จึงมีฐานะเป็นเสมือนคู่มือ

หรือแนวทางในการปรับใช้กฎหมายอิสลามเท่านั้น นอกจากนั้น โดยที่ยังไม่มีกฎหมายวิธีสบัญญัติอิสลาม จึงต้องใช้กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งบังคับโดยอนุโลม

การปรับใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทยเป็นกระบวนการนำบทบัญญัติแห่งกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก มาปรับใช้กับประเด็นปัญหาหรือคดีความต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นซึ่งจะเริ่มต้นด้วยการที่คู่กรณีนำคดีครอบครัวและมรดกขึ้นสู่ศาล และหลังจากนั้นเป็นการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลโดยดะโต๊ะยุติธรรมหรือผู้พิพากษาตามที่กฎหมายกำหนด หรือคู่กรณีอาจเริ่มต้นด้วยการนำปัญหาเรื่องครอบครัวและมรดกสู่องค์กรมัสยิด หรือสำนักงานคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัด ต่อจากนั้นคณะกรรมการอิสลามประจำมัสยิดหรือคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดแล้วแต่กรณี จะทำการประนีประนอมตามที่กฎหมายว่าด้วยการบริหารองค์กรศาสนาอิสลาม พ.ศ. 2540 กำหนด หากไม่สามารถประนีประนอมกันได้ คู่กรณีจะต้องนำคดีขึ้นสู่ศาลเพื่อพิจาณาพิพากษาต่อไป นอกจากนั้น องค์กรสภานิติบัญญัติ กระทรวงยุติธรรม ศาลฎีกา และสำนักจุฬาราชมนตรี แม้ไม่มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดีโดยตรง แต่ก็มีหน้าที่ในการส่งเสริมและสนับสนุนการปรับใช้กฎหมายอิสลาม รับปัญหาและข้อคิดเห็นจากประชาชนผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการปรับใช้กฎหมายอิสลาม เพื่อการปรับปรุงพัฒนาการปรับใช้กฎหมายนี้ให้มีประสิทธิภาพภายใต้บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ

วัตถุประสงค์ข้อที่ 3 ศึกษาแนวทางการปรับปรุงและพัฒนาการปรับใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย ให้เกิดความเสมอภาค

แนวทางการปรับปรุงพัฒนาการปรับใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย

โดยการวิเคราะห์ข้อมูลจากแบบสอบถาม การสัมภาษณ์ผู้ทรงคุณวุฒิ และการประชุมสัมมนาวิพากษ์แนวทางการใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย พบว่าแนวทางการปรับปรุงและพัฒนาการปรับใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย ให้เกิดความเสมอภาคนั้น ต้องมีการปรับปรุงทั้งในส่วนสารบัญญัติและวิธีสบัญญัติควบคู่กันไป โดยในส่วนสารบัญญัติต้องปรับปรุงให้มีเนื้อหาครอบคลุมและเป็นเนื้อหาที่มุสลิมทั่วประเทศสามารถยอมรับได้ และในส่วนวิธีสบัญญัติจะต้องปรับปรุงพัฒนาให้สามารถนำหลักสารบัญญัติไปบังคับใช้ได้อย่างสมบูรณ์ ตามหลักการและเจตนารมณ์แห่งอัลกุรอานและสุนนะฮฺ รวมทั้งจะต้องขยายขอบเขตการบังคับใช้ให้ครอบคลุมประชากรมุสลิมที่อาศัยอยู่ในจังหวัดต่าง ๆ ทั่วประเทศเพื่อความเสมอภาคภายใต้บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีรายละเอียด ดังนี้

1. การปรับปรุงหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกให้มีเนื้อหาที่ครอบคลุมเรื่องครอบครัว มรดก พินัยกรรม และเรื่องอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง โดยเพิ่มเติมให้มีความ

ครอบคลุมทุกประเด็นที่เกี่ยวข้อง เฉพาะอย่างยิ่งเรื่อง การหมั้น บุตรบุญธรรม การเปลี่ยนศาสนา การจ่ายค่าอุปการะเลี้ยงดูหลังการสมรส และหลังการหย่า ขั้นตอนการหย่าที่ชอบด้วยกฎหมาย และพินัยกรรมโดยผลของกฎหมาย หรือในภาษาอาหรับเรียกว่า วะศียะห์วาญิบะฮ์

2. การปรับปรุงและพัฒนาหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกให้เป็นประมวลกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกนั้น ในระยะแรกนี้ ยังไม่ควรจัดทำเป็นประมวลกฎหมายอิสลาม แต่ควรให้มีการจัดทำเป็นข้อบังคับประธานศาลฎีกาหรือให้ใช้หลักกฎหมายอิสลามเป็นคู่มือเช่นเดิมไปก่อน เพียงแต่ต้องพัฒนาเพิ่มเติมเนื้อหาให้ครอบคลุม และจัดให้มีหน่วยงานรับรอง เช่น ประธานศาลฎีกา และสำนักจุฬาราชมนตรี หลังจากนั้นเมื่อข้อบังคับประธานศาลฎีกาหรือหลักกฎหมายดังกล่าวนี้ มีความสมบูรณ์เป็นที่ยอมรับทั่วไปแล้ว จึงค่อยปรับปรุงพัฒนาเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือจัดทำเป็นประมวลกฎหมาย

3. การจัดให้มีหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอิสลามเป็นแนวทางในการพิจารณาพิพากษาคดีของดะโต๊ะยุติธรรม โดยจัดทำเป็นหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอิสลาม โดยเฉพาะหรือเป็นประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอิสลามนั้น จะทำให้เกิดความชัดเจนและเป็นระบบในการปรับใช้กฎหมายอิสลามและสอดคล้องกับเจตนารมณ์แห่งอัลกุรอานและสุนนะฮฺ แต่การจัดทำดังกล่าวเป็นเรื่องยากและต้องใช้เวลานานในการจัดทำ ในเบื้องต้นจึงควรให้ใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเช่นเดิม เนื่องจากหลักการโดยทั่วไปส่วนใหญ่มิได้ขัดแย้งกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายอิสลาม ทั้งยังมีบทบัญญัติที่เปิดช่องให้คู่ความสามารถตกลงกันที่จะไม่ใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งได้ โดยการท้า หรือโดยการใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 103/2 ในเรื่องวิธีการสืบพยานตามที่ตกลงกัน ดังนี้ คู่ความมุสลิมย่อมนำหลักเกณฑ์และวิธีพิจารณาความตามกฎหมายอิสลามมาใช้บังคับแก่คดีได้ภายใต้บทบัญญัติประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งโดยมิต้องจัดทำเป็นประมวลกฎหมายใหม่ตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่กำหนดในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

ในขณะเดียวกันควรให้มีการกำหนดบทบัญญัติวิธีพิจารณาความอิสลามเท่าที่จำเป็นสำหรับการพิจารณาคดีครอบครัวและมรดกสอดแทรกลงไปในกฎหมายสารบัญญัติอิสลาม โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เรื่องที่แตกต่างจากกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เช่น พยานซึ่งในกฎหมายอิสลามมีข้อกำหนดเฉพาะ เพื่อให้การดำเนินกระบวนพิจารณาคดีครอบครัวและมรดกของมุสลิมสามารถดำเนินการได้โดยไม่ขัดแย้งต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายอิสลาม

นอกจากนั้น อาจกำหนดกระบวนการพิจารณาคดีครอบครัวและมรดกมุสลิมในลักษณะเดียวกับพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ หรือพระราชบัญญัติภาษีอากร

4. การจัดให้มีองค์กรศาลเฉพาะที่ใช้กฎหมายอิสลามเป็นความจำเป็นในระบบกฎหมายอิสลามที่จะต้องจัดให้มีองค์กรศาลเฉพาะที่ใช้กฎหมายอิสลาม เพื่อให้ดะโต๊ะยุติธรรมมี

อำนาจเบ็ดเสร็จในการพิจารณาและพิพากษาคดี แต่รูปแบบของศาลอาจจะไม่ต้องมีลักษณะเป็นองค์กรศาลเฉพาะที่เป็นเอกเทศ โดยเพียงจัดให้เป็นแผนกหนึ่งในศาลจังหวัด แต่ถ้าหากเป็นไปได้ควรให้จัดตั้งเป็นองค์กรศาลเฉพาะในลักษณะของศาลชำนัญพิเศษ หรือศาลอิสลาม เพื่อส่งเสริมการบังคับใช้กฎหมายอิสลามอย่างเป็นระบบ

5. การจัดให้มีหน่วยงานจดทะเบียนสมรสและทะเบียนหย่าตามหลักกฎหมายอิสลามเป็นแนวทางหนึ่งที่จะทำให้เกิดประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายอิสลามนอกเหนือจากองค์กรศาลนอกจากนั้นยังมีองค์กรอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องและควรจัดให้มีขึ้นเพื่อรองรับการบังคับใช้กฎหมายอิสลาม เช่น องค์กรไกล่เกลี่ย องค์กรชี้ขาดปัญหาศาสนา (ฟัตวา) องค์กรหรือสถาบันฝึกอบรมกฎหมายอิสลาม และคณะกรรมการหรือสภาพัฒนาการปรับใช้กฎหมายอิสลาม เป็นต้น

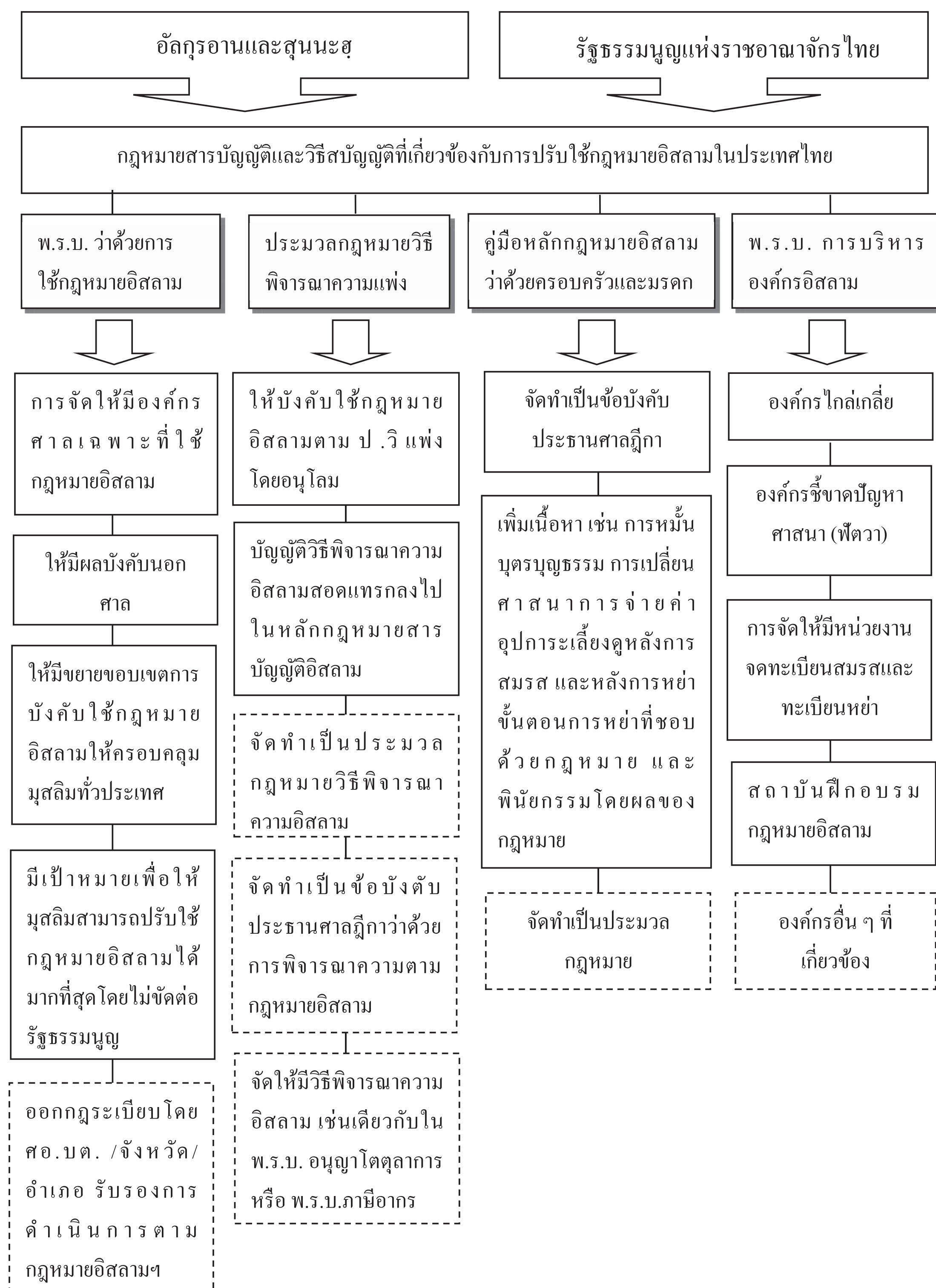
6. การกำหนดให้การสมรสและการหย่าตามกฎหมายอิสลามมีผลผูกพันหน่วยงานต่าง ๆ ของรัฐโดยไม่ต้องอาศัยคำสั่งศาล โดยการปรับปรุงแก้ไขพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามให้มีความชัดเจนว่าการดำเนินการตามกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกมีความชอบธรรมและผูกพันหน่วยงานต่าง ๆ ของรัฐเช่นเดียวกับกรณีการปฏิบัติตามกฎหมายอื่นโดยมิต้องใช้คำสั่งศาลเหมือนเช่นในปัจจุบัน อย่างไรก็ตามการแก้ปัญหาเฉพาะหน้าในเรื่องนี้อาจดำเนินการโดยผ่านศูนย์อำนวยการบริหารจังหวัดชายแดนภาคใต้ (ศอ.บต.) จังหวัด หรือ อำเภอแล้วแต่กรณี ให้ดำเนินการโดยออกกฎระเบียบรับรองการปฏิบัติ หรือการดำเนินการตามกฎหมายอิสลามฯ แต่ในระยะยาวจะต้องปรับปรุงแก้ไขตัวบทกฎหมายเพราะปัญหาดังกล่าวเกิดขึ้นสืบเนื่องจากตัวบทกฎหมายดังที่คณะกรรมกฤษฎีกาได้เคยตีความไว้ ดังนั้นการแก้ไขจึงต้องดำเนินการที่ตัวบทกฎหมายเป็นประการสำคัญเพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาที่ยั่งยืน

7. การจัดให้มีองค์กรพัฒนาบุคลากรฝ่ายตุลาการ ที่เกี่ยวข้องกับการบังคับใช้กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก เพื่อพัฒนาศักยภาพของบุคลากรด้านตุลาการและการเตรียมความพร้อมด้านกำลังบุคลากรในการรองรับการขยายขอบเขตการใช้บังคับกฎหมายให้กว้างขวางยิ่งขึ้นต่อไป

8. การขยายขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายอิสลามให้ครอบคลุมมุสลิมทั่วประเทศ แต่จะขยายในรูปแบบใดนั้นแล้วแต่ความเหมาะสม ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความเสมอภาคระหว่างมุสลิมที่อาศัยอยู่ในจังหวัดต่าง ๆ ของประเทศไทยสามารถใช้กฎหมายอิสลามได้เหมือนกับมุสลิมที่อาศัยอยู่ใน 4 จังหวัดชายแดนภาคใต้ซึ่งนับถือศาสนาเดียวกัน โดยการขยายพื้นที่การบังคับใช้กฎหมายอิสลามให้ครองคลุมทั่วประเทศ ซึ่งในทางปฏิบัติอาจดำเนินการพัฒนาเป็นขั้น ๆ โดยการส่งเสริมการปรับใช้กฎหมายอิสลามโดยชุมชนผู้นับถือศาสนาอิสลาม คณะกรรมการประจำมัสยิด คณะกรรมการประจำจังหวัด ฯลฯ และส่งเสริมการแก้ไขข้อพิพาทระหว่างผู้นับถือศาสนาอิสาม โดยวิธีการระงับข้อพิพาทนอกศาล หรือโดยอนุญาโตตุลาการ เป็นเบื้องต้น

9. การบูรณาการระหว่างกฎหมายอิสลามกับกฎหมายไทยให้มีความเชื่อมโยงอย่างเหมาะสมปราศจากความขัดแย้ง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่มีการขัดกันระหว่างกฎหมายทั้งสองเพื่อให้มีทางออกที่เหมาะสมที่สุดในการปรับใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทยทั้งในส่วนสารบัญญัติและวิธีสบัญญัติ เนื่องจากปรัชญาของกฎหมายทั้ง 2 ระบบแตกต่างกันและมีการขัดแย้งกันอยู่ในตัว กล่าวคือ กฎหมายอิสลามมีอัลกุรอานเป็นธรรมนูญสูงสุดบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดจะมาขัดหรือแย้งกับอัลกุรอานมิได้ ในขณะที่ระบบกฎหมายไทยมีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดจะมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมาขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญมิได้ดุจเดียวกัน นอกจากนั้นในรายละเอียดของกฎหมายปลีกย่อยอื่น ๆ ก็มีเนื้อหาสาระที่แตกต่างกันอีกมาก เมื่อไม่สามารถบังคับใช้กฎหมายอิสลามโดยเอกเทศได้อย่างสมบูรณ์ในราชอาณาจักรไทย และไม่สามารถบังคับใช้กฎหมายไทยทั้งหมดกับมุสลิมไทย เพราะกระทบต่อเสรีภาพในการปฏิบัติตนตามความเชื่อถือศรัทธาของมุสลิม ดังนั้น ในการพัฒนาจะต้องบูรณาการเชื่อมโยงระหว่างกฎหมายทั้ง 2 ระบบให้มุสลิมสามารถปรับใช้กฎหมายอิสลามได้มากที่สุดภายใต้บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ดังสรุปเป็นแผนภูมิแนวทางการปรับปรุงและพัฒนาการปรับใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย ดังนี้

แผนภูมิที่ 6.3แสดงแนวทางในการปรับปรุงและพัฒนาการปรับใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย



จากแผนภูมิข้างต้นนี้ แสดงให้เห็นว่าแนวทางในการปรับปรุงพัฒนาการใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทยนั้น ต้องอยู่ภายใต้บทบัญญัติแห่งอัลกุรอานและสุนนะฮฺ ในขณะเดียวกันต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งบทบัญญัติรัฐธรรมนูญไทย ดังนั้น การพัฒนากฎหมายสารบัญญัติหรือกฎหมายวิธีสบัญญัติอิสลาม จะต้องวางอยู่ภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมายแม่บททั้งสอง กฎหมายสารบัญญัติและวิธีสบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการปรับใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทยที่สำคัญได้แก่ พระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ. 2489 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง คู่มือหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก และพระราชบัญญัติบริหารองค์กรศาสนาอิสลาม พ.ศ. 2540 ดังนั้น ในการปรับปรุงพัฒนาการใช้กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกในประเทศไทยให้มีประสิทธิภาพ จึงต้องปรับปรุงและพัฒนากฎหมายที่เกี่ยวข้องแต่ละฉบับ ดังนี้

พระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ. 2489 มีประเด็นที่ควรปรับปรุงและพัฒนา คือ 1) ปรับปรุงและพัฒนาให้มีองค์กรศาลเฉพาะที่ใช้กฎหมายอิสลาม 2) ปรับปรุงแก้ไขให้คำชี้ขาดตัดสินของดะโต๊ะยุติธรรมมีผลบังคับนอกศาล และผูกพันหน่วยงานต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง 3) ปรับปรุงและพัฒนาให้มีการขยายขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายอิสลามให้ครอบคลุมมุสลิมทั่วประเทศ และ 4) มีเป้าหมายในการปรับปรุงพัฒนาเพื่อให้สามารถปรับใช้กฎหมายอิสลามได้มากที่สุดโดยไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ 5) ในช่วงเวลาก่อนการปรับปรุงแก้ไขให้มีผลผูกพันหน่วยงานต่าง ๆ ควรออกกฎระเบียบโดย ศอ.บต. จังหวัด หรืออำเภอแล้วแต่กรณี เพื่อรับรองการดำเนินการตามกฎหมายอิสลามฯ

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง กล่าวคือการบังคับใช้กฎหมายอิสลามตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งโดยอนุโลมนั้น มีประเด็นที่ควรปรับปรุง คือ 1) ควรกำหนดให้ใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ในการพิจารณาคดีครอบครัวและมรดกมุสลิมโดยอนุโลมเช่นเดิม คือ เท่าที่ไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งอัลกุรอานและสุนนะฮฺ หรือไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายอิสลาม 2) ควรกำหนดบทบัญญัติวิธีพิจารณาความอิสลามสอดแทรกลงไปในหลักกฎหมายสารบัญญัติอิสลามเท่าที่จำเป็น เพื่อให้การพิจารณาพิพากษาคดีครอบครัวและมรดกมุสลิมสอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายอิสลาม 3) ถ้าหากมีความพร้อม อาจจัดทำเป็นประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอิสลาม หรือ 4) ควรจัดทำเป็นข้อบังคับประธานศาลฎีกาว่าด้วยการพิจารณาคดีตามกฎหมายอิสลาม และเปลี่ยนระบบวิธีพิจารณาคดีจากการใช้กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาเป็นการใช้กฎหมายวิธีพิจาณาความอิสลามและ 5) อาจจัดให้มีวิธีพิจารณาความอิสลาม ดังเช่นในพ.ร.บ. อนุญาโตตุลาการหรือ พ.ร.บ.ภาษีอากร

หลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก มีประเด็นที่ควรปรับปรุง คือ 1) ควรปรับปรุงสถานะของหลักกฎหมายให้มีศักดิ์และผลบังคับมากขึ้น โดยจัดทำเป็นข้อบังคับประธาน

ศาลฎีกา 2) ควรปรับเพิ่มเนื้อหาให้ครอบคลุมทุกเรื่องที่เกี่ยวข้องกับครอบครัวและมรดกอิสลาม เช่น การหมั้น บุตรบุญธรรม การจ่ายค่าอุปการะเลี้ยงดูหลังการสมรสและหลังการหย่า ขั้นตอนการหย่าที่ชอบด้วยกฎหมาย พินัยกรรมโดยผลของกฎหมาย และกรณีการเปลี่ยนศาสนา เป็นต้น และ 3) ควรจัดทำและพัฒนาคู่มือหลักกฎหมายเป็นประมวลกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก

พระราชบัญญัติบริหารองค์กรอิสลาม พ.ศ. 2540 มีประเด็นที่ควรปรับปรุง คือ 1) ควรปรับปรุงให้มีองค์กรที่ทำหน้าที่ประนีประนอมไกล่เกลี่ยให้มีความชัดเจน และเชื่อมโยงกับกระบวนการพิจารณาคดีของดะโต๊ะยุติธรรมหรือศาล 2) ควรกำหนดให้มีองค์กรที่ทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดปัญหาศาสนาในรูปแบบของการอธิบายหรือการฟัตวา ควบคู่ไปกับองค์กรศาล เพื่อส่งเสริมและพัฒนาการปรับใช้กฎหมายอิสลามอย่างถูกต้องและถูกวิธี 3) ควรจัดให้มีหน่วยงานที่ทำหน้าที่ในการจดทะเบียนสมรสและทะเบียนหย่าตามกฎหมายอิสลามอย่างเป็นระบบ 4) ควรจัดให้มีสถาบันฝึกอบรมกฎหมายอิสลาม และ 5) ควรปรับปรุงให้มีองค์กรอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการใช้และพัฒนากฎหมายอิสลาม

วัตถุประสงค์ข้อที่ 4 เพื่อศึกษารูปแบบที่เหมาะสมขององค์กรศาลที่ใช้กฎหมายอิสลาม

จากการศึกษาตามวัตถุประสงค์ข้อที่ 4 โดยการวิเคราะห์ข้อมูลจากแบบสอบถาม การสัมภาษณ์ผู้ทรงคุณวุฒิ และการประชุมสัมมนาวิพากษ์แนวทางการใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย พบว่ารูปแบบที่เหมาะสมขององค์กรศาลที่ใช้กฎหมายอิสลามนั้นจะต้องพิจารณาให้ครอบคลุมชื่อของศาล รูปแบบและชั้นของศาล ดะโต๊ะยุติธรรม คุณสมบัติและอำนาจหน้าที่ของดะโต๊ะยุติธรรม ตลอดจนองค์กรที่เกี่ยวข้องกับการใช้กฎหมายอิสลาม เช่น องค์กรไกล่เกลี่ย และอื่น ๆ ดังมีรายละเอียดต่อไปนี้

1. กรณีการกำหนดชื่อและรูปแบบองค์กรศาลที่เหมาะสมในประเทศไทย พบว่าชื่อที่เหมาะสมได้แก่“ศาลครอบครัวและมรดกอิสลาม” หรือ “ศาลครอบครัวและมรดกมุสลิม” ในกรณีที่เป็นศาลเอกเทศ แต่ถ้าเป็นแผนกหนึ่งในศาลจังหวัดชื่อที่เหมาะควรจะเรียกว่า “ศาลแผนกคดีครอบครัวและมรดกอิสลาม” หรือ“ศาลแผนกครอบครัวและมรดกมุสลิม” และถ้าให้สอดคล้องกับในภาษาอาหรับ ควรใช้ชื่อว่า “ศาลชะรีอะฮฺ” แต่อาจทำให้คนทั่วไปไม่เข้าใจและล่อแหลมต่อความรู้สึกของคนที่ไม่ใช่มุสลิม ดังนั้น ในการตั้งชื่อควรเป็นภาษาไทยหรือมีภาษาไทยรวมอยู่ด้วย เช่น ศาลชะรีอะฮฺแผนกคดีครอบครัวและมรดก ศาลอิสลามแผนกคดีครอบครัวและมรดก หรือศาลอิสลามเพื่อการไกล่เกลี่ยและสมานฉันท์หรืออื่น ๆ เพราะไม่มีหลักการในอิสลามว่าจะต้องใช้ชื่ออย่างไรเป็นการเฉพาะ เพียงแต่ต้องให้มีสาระและอำนาจหน้าที่ในการใช้กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกอย่างสมบูรณ์

2. กรณีการกำหนดรูปแบบศาลเฉพาะที่เหมาะสมในการใช้กฎหมายอิสลาม พบว่าผู้ตอบแบบสอบถามส่วนใหญ่เห็นว่า รูปแบบศาลเฉพาะที่เหมาะสมในการใช้กฎหมายอิสลาม คือ ศาลเอกเทศที่มีอำนาจเบ็ดเสร็จในการพิจารณาพิพากษาคดี และเป็นแผนกหนึ่งของศาลยุติธรรม (ศาลจังหวัด) รองลงมาคือ เห็นว่าควรเป็นศาลชำนัญพิเศษภายใต้โครงสร้างของศาลยุติธรรม และรูปแบบอื่น ๆ ตามลำดับ คล้ายคลึงกับความคิดเห็นของผู้ทรงคุณวุฒิจากการสัมภาษณ์และการประชุมสัมมนา ที่ส่วนใหญ่มีความเห็นว่าควรจัดเป็นแผนกหนึ่งของศาลยุติธรรมไปพลางก่อน

3. สถานภาพของดะโต๊ะยุติธรรม หากมีการจัดตั้งศาลเฉพาะที่ใช้กฎหมายอิสลาม ผู้ตอบแบบสอบถามส่วนใหญ่เห็นว่า หากมีการจัดตั้งศาลเฉพาะที่ใช้กฎหมายอิสลาม ดะโต๊ะยุติธรรมควรมีสถานภาพเทียบเท่าผู้พิพากษาศาลชั้นต้น และรองลงมามีความเห็นว่า ควรให้คงตามสถานภาพเดิม สอดคล้องกับความคิดเห็นของผู้ทรงคุณวุฒิจากการสัมภาษณ์และการประชุมสัมมนา โดยส่วนใหญ่มีความเห็นว่า ควรให้ดะโต๊ะยุติธรรมมีสถานภาพเทียบเท่าผู้พิพากษา และเมื่อมีสถานภาพเทียบเท่าก็จำเป็นที่จะต้องมีระเบียบข้อบังคับต่าง ๆ ที่เหมือนหรือใกล้เคียงกันกับผู้พิพากษา เช่น คุณวุฒิ คุณสมบัติ การแต่งตั้งโยกย้าย และอื่น ๆ

4. ขอบเขตอำนาจหน้าที่ของดะโต๊ะยุติธรรมในทางคดี ผู้ตอบแบบสอบถามส่วนใหญ่เห็นว่า ควรกำหนดอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดีตามหลักกฎหมายอิสลาม เช่นเดียวกับผู้พิพากษา โดยให้มีผู้พิพากษาอยู่ในองค์คณะ รองลงมาคือ ควรมีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดีตามหลักกฎหมายอิสลาม โดยไม่ต้องมีผู้พิพากษาอยู่ในองค์คณะ และควรมีอำนาจหน้าที่เพียงให้คำปรึกษาข้อกฎหมายอิสลามแก่ผู้พิพากษา แต่ไม่มีอำนาจในการพิพากษา ตามลำดับ สอดคล้องกับความคิดเห็นของผู้ทรงคุณวุฒิจากการสัมภาษณ์และการประชุมสัมมนา โดยส่วนใหญ่มีความเห็นว่าควรให้ดะโต๊ะยุติธรรมมีอำนาจวินิจฉัยทั้งข้อกฎหมายและข้อเท็จจริง แต่มีบางท่านเสนอว่า การกำหนดให้ดะโต๊ะยุติธรรมมีอำนาจเฉพาะการวินิจฉัยข้อกฎหมายเหมาะสมแล้ว นอกจากในกรณีที่หากได้มีการปรับปรุงพัฒนาคุณสมบัติและเงื่อนไขต่าง ๆ ของดะโต๊ะยุติธรรมให้สูงขึ้นเหมือนผู้พิพากษา หรือใกล้เคียงกันก็เห็นควรให้ดะโต๊ะยุติธรรมมีอำนาจวินิจฉัยทั้งข้อกฎหมายและข้อเท็จจริงเช่นเดียวกับผู้พิพากษา

5. คำว่า “ดะโต๊ะยุติธรรม” ผู้ตอบแบบสอบถามส่วนหนึ่งที่เสนอให้ปรับเปลี่ยนเป็นคำว่า “กอฎี” เพื่อความเป็นสากล เช่นเดียวกับในประเทศต่าง ๆ ในโลกมุสลิม แต่แตกต่างจากความคิดเห็นของผู้ทรงคุณวุฒิในการวิพากษ์และการประชุมสัมมนาครั้งที่สาม ที่ส่วนใหญ่มีความเห็นว่าควรเปลี่ยนให้เป็นภาษาไทย คือให้ใช้คำว่า “ผู้พิพากษา”

6. การจัดให้มีการอุทธรณ์หรือฎีกาคำวินิจฉัยชี้ขาดหรือคำพิพากษาของดะโต๊ะยุติธรรม ผู้ตอบแบบสอบถามส่วนใหญ่มีความเห็นว่า สมควรให้มีการอุทธรณ์หรือฎีกาคำวินิจฉัยชี้ขาดหรือคำพิพากษาของดะโต๊ะยุติธรรม สอดคล้องกับความคิดเห็นของผู้ทรงคุณวุฒิจากการสัมภาษณ์และ

การประชุมสัมมนา โดยส่วนใหญ่มีความเห็นว่า ควรให้มีการอุทธรณ์ หรือฎีกา ส่วนจะอุทธรณ์ไปยังศาลอุทธรณ์หรือศาลฎีกาโดยตรงนั้น ยังมีความเห็นที่แตกต่างกันอยู่บ้าง แต่ส่วนใหญ่มีความเห็นสอดคล้องกันว่า ศาลที่มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาคดีตามกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกนั้นควรมีสองชั้น คือ ศาลชั้นต้น และศาลชั้นฎีกา อย่างไรก็ตาม ผู้ตอบแบบสอบถามบางส่วนมีความเห็นว่า ไม่สมควร และบางส่วนไม่แน่ใจต่อการให้มีการอุทธรณ์หรือฎีกาคำวินิจฉัยชี้ขาดของดะโต๊ะยุติธรรม

7. กรณีการจัดให้มีการอุทธรณ์หรือฎีกา ควรจัดให้มีดะโต๊ะยุติธรรมประจำอยู่ในศาลอุทธรณ์หรือศาลฎีกาด้วยหรือไม่นั้น ผู้ตอบแบบสอบถามส่วนใหญ่เห็นว่า สมควรจัดให้มีดะโต๊ะยุติธรรมประจำอยู่ในศาลอุทธรณ์หรือศาลฎีกา สอดคล้องกับความคิดเห็นของผู้ทรงคุณวุฒิจากการสัมภาษณ์และการประชุมสัมมนา โดยส่วนใหญ่มีความเห็นว่า ควรจะต้องจัดให้มีดะโต๊ะยุติธรรมประจำอยู่ในศาลอุทธรณ์หรือศาลฎีกาด้วย

8. การจัดให้มีผู้พิพากษาสมทบในศาลเฉพาะที่ใช้กฎหมายอิสลาม เช่นเดียวกับศาลเยาวชนและครอบครัว ผู้ตอบแบบสอบถามส่วนใหญ่เห็นว่า สมควรในการจัดให้มีผู้พิพากษาสมทบในศาลเฉพาะที่ใช้กฎหมายอิสลาม ผู้ตอบแบบสอบถามส่วนน้อยเห็นว่า ไม่สมควรและไม่แน่ใจ คล้ายคลึงกับความคิดเห็นของผู้ทรงคุณวุฒิจากการสัมภาษณ์และการประชุมสัมมนา โดยส่วนหนึ่งมีความเห็นว่าควรให้มีผู้พิพากษาสมทบในศาลเฉพาะที่ใช้กฎหมายอิสลาม เช่นเดียวกับศาลเยาวชนและครอบครัวและอีกส่วนหนึ่งมีความเห็นว่าไม่สมควร

9. การกำหนดคุณสมบัติเพิ่มเติมของดะโต๊ะยุติธรรมที่ได้รับการเสนอแนะมากที่สุดจากผู้ตอบแบบสอบถาม ได้แก่ สำเร็จการศึกษาระดับปริญญาตรีด้านกฎหมายอิสลาม รองลงมาคือสำเร็จการศึกษาระดับปริญญาตรีด้านนิติศาสตร์ สำเร็จการศึกษาระดับเนติบัณฑิต ตามลำดับ สอดคล้องกับความคิดเห็นของผู้ทรงคุณวุฒิจากการสัมภาษณ์และการประชุมสัมมนา โดยส่วนใหญ่มีความเห็นว่า ควรสำเร็จการศึกษาระดับปริญญาตรีด้านกฎหมายอิสลาม และนิติศาสตร์บัณฑิต และควรจัดให้มีหลักสูตรพิเศษในการอบรมเพิ่มพูนความรู้คล้ายเนติบัณฑิต

10. การโยกย้ายดะโต๊ะยุติธรรม ผู้ตอบแบบสอบถามส่วนใหญ่มีความเห็นว่า สมควรให้มีวาระการโยกย้ายดะโต๊ะยุติธรรม สอดคล้องกับความคิดเห็นของผู้ทรงคุณวุฒิจากการสัมภาษณ์และการประชุมสัมมนา โดยส่วนใหญ่มีความเห็นว่า ควรที่จะให้ดะโต๊ะยุติธรรมมีวาระในการดำรงตำแหน่ง หรือมิฉะนั้นก็ต้องปรับให้มีการโยกย้ายได้ เช่นเดียวกับผู้พิพากษา ในขณะที่บางท่านเห็นว่าไม่ควรให้มีการโยกย้ายดะโต๊ะยุติธรรม

11. กรณีการคัดค้านการปฏิบัติหน้าที่ของดะโต๊ะยุติธรรม ผู้ตอบแบบสอบถามส่วนใหญ่เห็นว่า สมควรมาก สอดคล้องกับความคิดเห็นของผู้ทรงคุณวุฒิจากการสัมภาษณ์และการประชุมสัมมนา

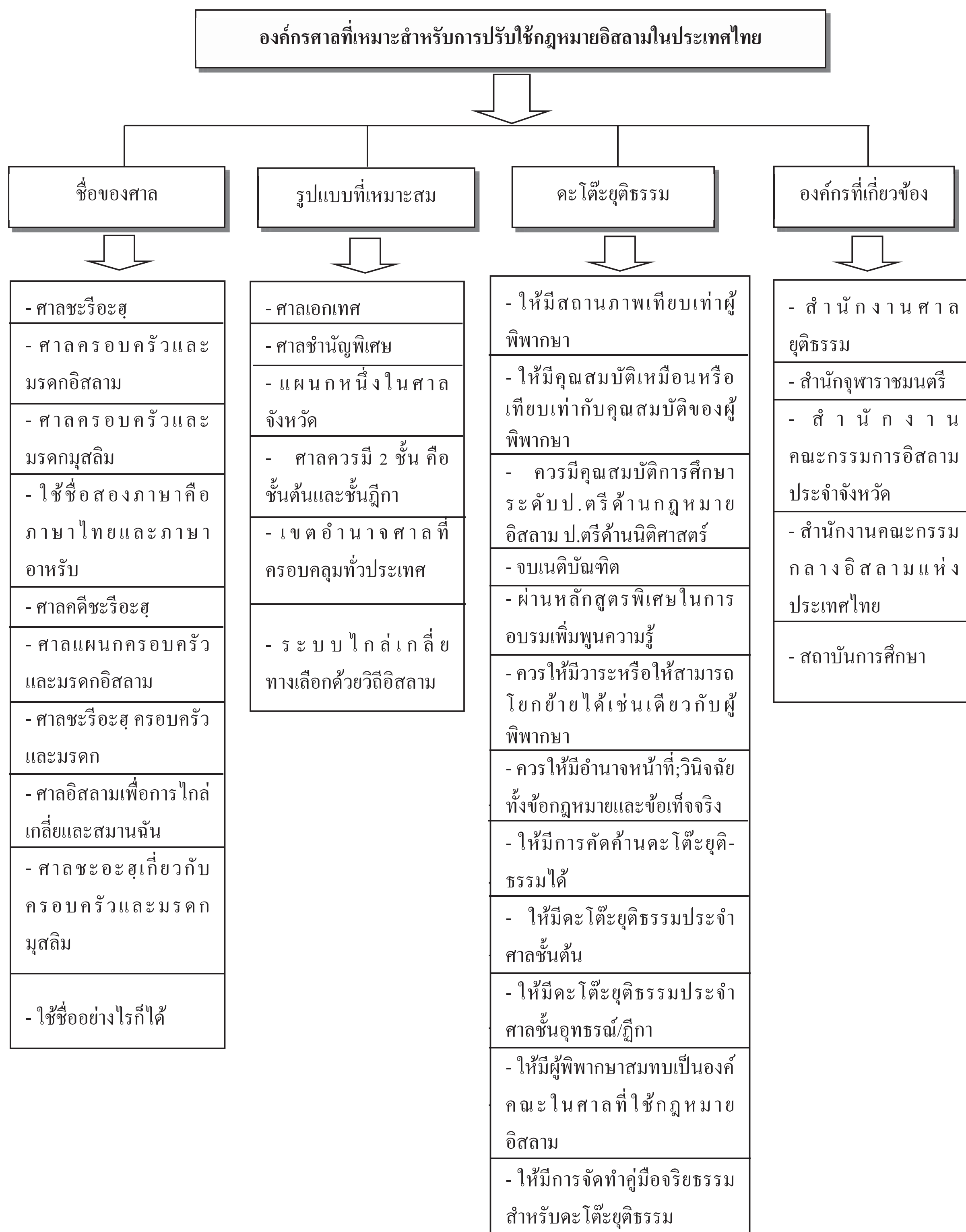
12. การจัดทำคู่มือจริยธรรมสำหรับดะโต๊ะยุติธรรม นอกเหนือจากประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการ ผู้ตอบแบบสอบถามส่วนใหญ่มีความเห็นว่า สมควรมากที่จะให้มีการจัดทำคู่มือจริยธรรมสำหรับดะโต๊ะยุติธรรมนอกเหนือจากประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการ ส่วนข้อมูลจากการสัมภาษณ์และการประชุมสัมมนา ไม่ปรากฏว่ามีผู้ทรงคุณวุฒิท่านใดได้แสดงความคิดเห็นในประเด็นนี้

13. กรณีหน่วยงานที่ควรเข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการใช้กฎหมายอิสลามของศาลเฉพาะที่ใช้กฎหมายอิสลาม ผู้ตอบแบบสอบถามส่วนใหญ่มีความเห็นว่า หน่วยงานที่สมควรเข้ามีส่วนร่วมในกระบวนการใช้กฎหมายอิสลามของศาลเฉพาะที่ใช้กฎหมายอิสลามมากที่สุดได้แก่ สำนักจุฬาราชมนตรี รองลงมาคือ สำนักงานคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัด สำนักงานคณะกรรมการกลางอิสลามแห่งประเทศไทย และสถาบันการศึกษาที่เปิดสอนทางด้านกฎหมายอิสลาม ตามลำดับ สอดคล้องกับความคิดเห็นของผู้ทรงคุณวุฒิจากการสัมภาษณ์และการประชุมสัมมนา และยังเห็นว่ายังรวมถึง องค์กรฟัตวา สำนักงานจดทะเบียนสมรส และทะเบียนหย่า รวมทั้งสถาบันหรือองค์กรพัฒนาดะโต๊ะยุติธรรม

14. กรณีการจัดให้มีระบบไกล่เกลี่ยและระงับข้อพิพาททางเลือกด้วยวิถีทางอิสลาม ผู้ตอบแบบสอบถามส่วนใหญ่มีความเห็นว่า การจัดให้มีระบบไกล่เกลี่ยและระงับข้อพิพาททางเลือกด้วยวิถีทางอิสลาม สมควรมาก สอดคล้องกับความคิดเห็นของผู้ทรงคุณวุฒิจากการสัมภาษณ์และการประชุมสัมมนา ที่ส่วนใหญ่มีความเห็นว่าควรปรับระบบการไกล่เกลี่ยนอกศาลให้เป็นระบบมากขึ้น

15. กรณีผู้ไกล่เกลี่ย ผู้ตอบแบบสอบถามส่วนใหญ่เห็นว่าผู้ที่ทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ยนั้นควรเป็นผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งจากศาลเฉพาะที่ใช้กฎหมายอิสลาม รองลงมา ผู้ที่มีคุณสมบัติตามที่กำหนดและได้รับการแต่งตั้งจากคู่กรณี สอดคล้องกับความคิดเห็นของผู้ทรงคุณวุฒิจากการสัมภาษณ์และการประชุมสัมมนา โดยมิได้เจาะจงว่าเป็นผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งจากศาลหรือเป็นผู้ที่ได้รับจากการแต่งตั้งของคู่กรณี เพียงแต่ให้มีความเป็นระบบมากขึ้นตามความเหมาะสม ดังสรุปเป็นแผนภูมิแนวทางการพัฒนารูปแบบที่เหมาะสมขององค์กรศาลที่ใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย ดังนี้

แผนภูมิที่ 6.4 แสดงแนวทางการพัฒนารูปแบบที่เหมาะสมขององค์กรศาลที่ใช้กฎหมายอิสลาม



จากแผนภูมิข้างต้นนี้ แสดงให้เห็นถึงแนวทางในการพัฒนารูปแบบที่เหมาะสมขององค์กรศาลที่ใช้กฎหมายอิสลาม จำแนกได้เป็น 4 ประเด็นหลัก คือ ชื่อของศาล รูปแบบของศาล ดะโต๊ะยุติธรรม และอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง

สำหรับชื่อของศาล ผลการวิจัยยังไม่เป็นที่ยุติว่า จะใช้ชื่ออะไรเป็นการเฉพาะ เพียงแต่มีข้อเสนอเป็นแนวทางให้ใช้ชื่อ “ศาลชะรีอะฮฺ” เนื่องจากเป็นชื่อที่สอดคล้องกับชื่อในภาษาอาหรับ แต่อาจทำให้คนทั่วไปไม่เข้าใจและล่อแหลมต่อความรู้สึกจึงมีการเสนอให้ใช้ชื่อที่เป็นภาษาไทยว่า ศาลครอบครัวและมรดกอิสลาม ศาลครอบครัวและมรดกมุสลิม หรือใช้ชื่อสองภาษาคือภาษาไทยและภาษาอาหรับเช่น ศาลคดีชะรีอะฮฺ ศาลชะรีอะฮฺครอบครัวและมรดกศาลชะอะฮฺเกี่ยวกับครอบครัวและมรดกมุสลิม นอกจากนั้นมีการเสนอให้ชื่อ ศาลแผนกครอบครัวและมรดกอิสลาม ศาลอิสลามเพื่อการไกล่เกลี่ยและสมานฉันท์ และให้ใช้ชื่ออย่างไรก็ได้ เพียงแต่ให้มีสาระและอำนาจหน้าที่ในการใช้กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกอย่างสมบูรณ์

รูปแบบของศาล ก็ยังไม่เป็นที่ยุติเช่นเดียวกัน เพียงมีข้อเสนอเป็นแนวทางในการพัฒนา คือ ให้มีการจัดตั้งศาลที่ใช้กฎหมายอิสลามเป็นศาลเอกเทศ หรือเป็นศาลที่มีลักษณะเหมือนศาลชำนัญพิเศษหรือถ้าไม่ได้ก็ให้เป็นแผนกหนึ่งอยู่ในศาลจังหวัดภายใต้โครงสร้างของศาลยุติธรรมและควรพัฒนาให้มี 2 ชั้นศาล คือศาลชั้นต้นและศาลชั้นฎีกา และมีเขตอำนาจหน้าที่ครอบคลุมพื้นที่ที่มุสลิมพำนักอาศัยอยู่ทั่วประเทศ

ส่วนดะโต๊ะยุติธรรม ซึ่งทำหน้าเป็นผู้พิพากษาในศาลที่ใช้กฎหมายอิสลาม ควรต้องพัฒนาให้มีสถานภาพเทียบเท่ากับผู้พิพากษา โดยกำหนดให้มีคุณสมบัติเหมือนหรือเทียบเท่ากับคุณสมบัติของผู้พิพากษา เช่น คุณวุฒิการศึกษาระดับปริญญาตรีด้านกฎหมายอิสลาม ปริญญาตรีด้านนิติศาสตร์ และควรจบเนติบัณฑิต รวมทั้งผ่านหลักสูตรพิเศษในการอบรมเพิ่มพูนความรู้เฉพาะสำหรับดะโต๊ะยุติธรรม และควรให้มีการกำหนดวาระหรือให้สามารถโยกย้ายดะโต๊ะยุติธรรมได้เช่นเดียวกับผู้พิพากษาเพื่อความยุติธรรมและป้องกันการผูกขาด ทั้งจะต้องพัฒนาให้ดะโต๊ะ-ยุติธรรมมีอำนาจหน้าที่วินิจฉัยทั้งข้อกฎหมายและข้อเท็จจริง และให้มีการคัดค้านดะโต๊ะยุติธรรมได้เมื่อมีเหตุผลอันควรตามที่กฎหมายกำหนด และในกรณีที่มีการจัดตั้งศาล 2 ชั้นก็จะต้องให้มีดะโต๊ะยุติธรรมประจำศาลชั้นต้นและให้มีดะโต๊ะยุติธรรมประจำศาลชั้นฎีกาด้วย ส่วนจะให้มีผู้พิพากษาสมทบเป็นองค์คณะในศาลที่ใช้กฎหมายอิสลามยังไม่เป็นที่ยุติ ฝ่ายหนึ่งเห็นว่า ควรให้มีผู้พิพากษาสมทบเป็นองค์คณะด้วย เพราะเป็นคดีครอบครัวอาจต้องมีเด็กหรือเยาวชนเข้ามาเกี่ยวข้อง ในขณะที่อีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่า ไม่สมควรเพราะดะโต๊ะยุติธรรมย่อมมีความรู้ความเชี่ยวชาญเกี่ยวกับครอบครัวมุสลิม จึงมิต้องมีผู้พิพากษาสมทบ และควรจัดให้มีการจัดทำคู่มือจริยธรรมสำหรับดะโต๊ะยุติธรรมด้วย เพราะในอิสลามมีหลักจริยธรรมสำหรับผู้พิพากษาที่สูงส่งยิ่ง

ส่วนเรื่องอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับองค์กรที่มีส่วนร่วมในการใช้กฎหมายอิสลาม ได้แก่ สำนักจุฬาราชมนตรี สำนักงานคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัด สำนักงานคณะกรรมกลางอิสลามแห่งประเทศไทย และสถาบันการศึกษา เพื่อขับเคลื่อนการใช้กฎหมายอิสลามในบทบาทหน้าที่ที่แตกต่างกันออกไปตามสถานภาพ และควรจัดให้มีระบบไกล่เกลี่ยและระงับข้อพิพาททางเลือกด้วยวิถีทางอิสลาม ควบคู่ไปกับการจัดระบบศาลด้วย เพื่อประสิทธิภาพในการปรับใช้กฎหมายอิสลามอย่างเป็นรูปธรรม

6.2 อภิปรายผล

ก. กรณีปัญหาหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกไม่มีสถานะเป็นกฎหมาย

แม้ตามแนวคำพิพากษาของศาลยุติธรรมจะปรากฏชัดว่า ศาลถือว่ากฎหมายอิสลามเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายบ้านเมือง และมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปในเขต 4 จังหวัดภาคใต้ แต่ผลจากการที่คณะกรรมการกฤษฎีกามีมติเมื่อ พ.ศ. ๒๕๒๖ ว่า กฎหมายอิสลามไม่มีผลบังคับทั่วไปตลอดเขตแดน 4 จังหวัดภาคใต้ ทำให้เกิดความเข้าใจสับสนในสถานะของกฎหมายอิสลามในหมู่เจ้าหน้าที่ของรัฐว่า กฎหมายอิสลามมีผลผูกพันสำหรับวินิจฉัยคดีข้อพิพาทเฉพาะในศาลเท่านั้น มิได้มีฐานะเป็นกฎหมายที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปในเขต 4 จังหวัดภาคใต้ และก่อให้เกิดความข้องใจในฐานะของกฎหมายอิสลามในหมู่ผู้นับถือศาสนาอิสลามต่อมา จากผลการวิเคราะห์ข้อมูลแบบสอบถาม ข้อมูลการสัมภาษณ์และการประชุมสัมมนา สอดคล้องกันว่า ปัญหาสถานะของกฎหมายอิสลาม ได้แก่ปัญหาอันเกิดจากความเข้าใจว่า หลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกไม่มีสถานะเป็นกฎหมาย แต่เป็นเพียงคู่มือที่ใช้ในการวินิจฉัยคดีของดะโต๊ะยุติธรรม เป็นปัญหาในระดับมากที่สุด ผลการสำรวจนี้ นำไปสู่ข้อเสนอให้มีการตรากฎหมายอิสลามขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร ตามแบบอย่างการใช้กฎหมายอิสลามในมาเลเซียและฟิลิปปินส์ที่มีการบัญญัติกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกให้มีสถานะเป็นกฎหมาย และได้บัญญัติประมวลกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกไว้อย่างชัดเจน โดยที่ทุกๆ รัฐของมาเลเซียมีพระราชบัญญัติว่าด้วยกฎหมายครอบครัวอิสลามโดยเฉพาะ กฎหมายของรัฐต่างๆ เหล่านี้ ส่วนใหญ่มีความคล้ายคลึงกัน ทั้งในด้านรูปแบบและเนื้อหา ในด้านรูปแบบกฎหมายเหล่านี้ มีชื่อเรียกเหมือนกันว่า "กฎหมายครอบครัวอิสลาม" (Undang –Undang Keluarga Islam) มีเพียงสองรัฐเท่านั้นที่มีชื่อเรียกแตกต่างจากรัฐอื่น คือรัฐเปอร์ลิสและรัฐตรังกานูซึ่งเรียกว่า "พระราชบัญญัติการบริหารกฎหมายครอบครัวอิสลาม" (Pentadbiran Undang–Undang Keluarga Islam) ส่วนด้านเนื้อหาของกฎหมายครอบครัวอิสลามเกือบทุกรัฐจะบัญญัติเนื้อหาไว้ 10 หมวด มีจำนวนมาตราในระหว่าง 133 – 141 มาตรา โดยแบ่งออกเป็นหมวดต่างๆ ดังต่อไปนี้

หมวดที่ 1 บทนำ

หมวดที่ 2 การสมรส

หมวดที่ 3 การจดทะเบียนสมรส

หมวดที่ 4 ความผิดและโทษที่เกี่ยวเนื่องกับการสมรส และการจดทะเบียนสมรส

หมวดที่ 5 การสิ้นสุดการสมรส

หมวดที่ 6 ค่าอุปการะเลี้ยงดูสำหรับภรรยา บุตรและผู้อื่น

หมวดที่ 7 อำนาจปกครองบุตร

หมวดที่ 8 บทบัญญัติทั่วไป

หมวดที่ 9 ความผิดและบทลงโทษ

หมวดที่ 10 อื่นๆ

อย่างไรก็ตาม การที่รัฐต่างๆ ของมาเลเซียมีกฎหมายครอบครัวอิสลามที่มีรายละเอียดดังกล่าว สอดคล้องกับลักษณะเฉพาะของมาเลเซียที่รัฐธรรมนูญของสหพันธรัฐบัญญัติให้ศาสนาอิสลามเป็นศาสนาของสหพันธรัฐ ซึ่งแตกต่างจากลักษณะของประเทศไทย ที่ไม่มีศาสนาประจำชาติ อีกทั้งศาสนาอิสลามเป็นศาสนาของประชากรส่วนน้อย ถึงกระนั้นก็ตาม ประเทศที่มีศาสนาอิสลามเป็นศาสนาของประชากรส่วนน้อยบางประเทศ ก็มีการบัญญัติกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก เช่น ประเทศฟิลิปปินส์ เป็นต้น โดยที่ประเทศฟิลิปปินส์ ได้มีประกาศใช้ประมวลกฎหมายสำหรับบังคับแก่คนมุสลิมแห่งชาติฟิลิปปินส์ (Code of Muslim Personal laws of Philippines (EMPL)) ไว้ในกฤษฎีกาฉบับที่ 1083 โดยเนื้อหาของกฎหมายอิสลามที่จะนำมาบรรจุไว้ในประมวลกฎหมายสำหรับบังคับแก่คนมุสลิมของประเทศฟิลิปปินส์ จะประกอบด้วย การสมรส ซึ่งเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับการสมรสของมุสลิม ซึ่งการสมรสของมุสลิมจะต้องกระทำภายใต้บทบัญญัติว่าด้วยการสมรส ซึ่งจะประกอบด้วยเงื่อนไขการสมรส ความสามารถในการสมรส การประกอบพิธีสมรส ผู้มีอำนาจ สถานที่ประกอบพิธีสมรส รายละเอียดเกี่ยวกับสินสอด การจ่ายค่าสินสอด การผิดสัญญาสมรส ข้อห้ามการสมรส การมีภริยาหลายคนของชาย สิทธิและหนี้ระหว่างคู่สมรส ความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างคู่สมรส การหย่า ความเป็นบิดาและมารดา สิทธิของบุตรที่ชอบด้วยกฎหมาย การรับรองบุตร ค่าอุปการะเลี้ยงดู และการเป็นผู้ปกครอง ส่วนบทบัญญัติที่เกี่ยวกับมรดกนั้นประกอบด้วย ข้อกำหนดการรับมรดก การรับมรดกพินัยกรรม และทายาท เหล่านี้เป็นต้น

นอกจากนั้น ผลการวิจัยดังกล่าวยังสอดคล้องกับบทบัญญัติกฎหมายอิสลามกรณีการจัดทำหรือตราบทบัญญัติแห่งกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก ตามทัศนะนักวิชาการอิสลามส่วนใหญ่ เช่น มุฮัมมัด อับดุฮฺ มุฮัมมัด เราะชีด ริฎอ มุฮัมมัด อบูซะฮฺเราะฮฺ วะฮฺบะฮฺ อัลซุหัยลีย์ ยูซุฟ อัลเกาะเราะฎอวีย์ มุฮัมมัด อัลอัชกอร์ ศอและหฺ บินเฌาะศูน เป็นต้น ซึ่งมีความเห็นว่า การจัดทำประมวลกฎหมายเป็นสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมายอิสลาม โดยอ้างอิงหลักฐาน

จากอัลกุรอานและสุนนะฮฺที่บัญญัติให้เชื่อฟังผู้นำ ดังปรากฏในอัลกุรอาน ซูเราะห์อันนิซาอฺ อายะห์ที่ 59 ความว่า

"โอ้บรรดาผู้ศรัทธาทั้งหลาย จงเชื่อฟังอัลลอฮฺ และจงเชื่อฟังเราะสูล และผู้นำของพวกท่าน..."

การรับสั่งให้จงเชื่อฟังผู้นำในโองการข้างต้นนี้ มีเงื่อนไขว่าจะต้องไม่เป็นคำสั่งที่ฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติของอัลลอฮฺ อัลฏอยยิบีย์กล่าวว่า การกล่าวคำกริยาซ้ำในประโยค "และจงเชื่อฟังเราะสูล" (วะอะฏีอุรเราะสูล) โดยไม่กล่าวซ้ำในคำว่า "และผู้นำของพวกท่าน"(วะอุลีลอัมร์) ชี้ให้เห็นว่า มีผู้นำบางคนหรือบางประเภทที่ศาสนาไม่บัญญัติให้เชื่อฟัง[1]และท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ กล่าวไว้ความว่า

"ผู้ใดเชื่อฟังฉันแสดงว่าเขาเชื่อฟังอัลลอฮฺและผู้ใดฝ่าฝืนฉันแสดงว่าเขาฝ่าฝืนอัลลอฮฺ และผู้ใดเชื่อฟังผู้นำแสดงว่าเขาเชื่อฟังฉัน และผู้ใดฝ่าฝืนผู้นำแสดงว่าเขาฝ่าฝืนฉัน"[2]

ในเมื่อประมุขแห่งรัฐอิสลามมีอำนาจหน้าที่ในการพิทักษ์ศาสนาที่เกี่ยวกับการฟัตวา นักวิชาการอิสลามจึงมีความเห็นว่า โดยทั่วไปแล้วประมุขแห่งรัฐอิสลามมีอำนาจเต็มในการจัดทำประมวลกฎหมาย เช่น ทัศนะของอิบนุคอลดูนและอัลมาวัรดีย์ ที่เห็นว่า ประมุขของรัฐอิสลามในฐานะผู้รับผิดชอบสูงสุดในการพิทักษ์ศาสนาและการปกครองในเรื่องของทางโลก[3] จึงอาจกล่าวได้ว่าทัศนะนี้เป็นการกล่าวถึงอำนาจหน้าที่ของประมุขของรัฐอิสลามโดยรวม เป็นอำนาจเต็มในการจัดทำประมวลกฎหมาย นอกจากนั้นนักวิชาการอิสลามเห็นพ้องต้องกันว่า ศาสนาห้ามการใช้ทัศนะของผู้อื่นเฉพาะนักปราชญ์ระดับมุจญ์ตะฮิดเท่านั้น ส่วนผู้พิพากษาส่วนใหญ่ในปัจจุบันมิได้เป็นผู้ทรงความสามารถถึงระดับนั้น การพิพากษาตามทัศนะของผู้อื่นตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายจึงไม่เป็นข้อห้ามทางศาสนาสำหรับผู้พิพากษาเหล่านั้น อีกทั้งเหตุการณ์ความเปลี่ยนแปลงแห่งยุคสมัย ในปัจจุบันมากมาย ที่ไม่มีระบุไว้โดยตรงในตัวบทอัลกุรอานหรือสุนนะฮฺ การให้ผู้พิพากษามีอำนาจวิเคราะห์บทบัญญัติทางศาสนาในกรณีเหล่านั้นด้วยตนเองโดยไม่ต้องอาศัยประมวลกฎหมาย อาจจะทำให้ในคดีที่มีข้อเท็จจริงเหมือนกันมีคำพิพากษาที่แตกต่างกันได้ ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อระบบตุลาการโดยรวมได้ แม้ว่าการจัดทำประมวลกฎหมายอาจมี

---

1 Al-'Asqalani, Fath al-Bari 13,120.

2 ความหมายของหะดีษ บันทึกโดยอัลบุคอรีย์ หะดีษเลขที่ 7137.

3 Ibn Khaldun, **Muqaddimah Ibn Khaldun** 1, (Beirut: Dar al-Fikr), 2001, 239; Al-Mawardi, **Al-Ahkham al-Sultaniahwa al-Wilayat al-Diniah**, (Al-Kuwait: Dar Ibn Qutaibah), 1989, 3.

ข้อด้อยบางประการ แต่การไม่จัดทำประมวลกฎหมายจะก่อให้เกิดผลเสียมากกว่า ซึ่งตามบทบัญญัติอิสลามแล้ว เมื่อมีผลเสียสองประการให้เลือกใช้กรณีที่มีผลเสียน้อยกว่า ดังนั้น จึงควรส่งเสริมให้มีการจัดทำประมวลกฎหมายและบังคับใช้ประมวลกฎหมายที่จัดทำขึ้น เนื่องจากมีผลเสียน้อยกว่า

ผลการวิจัยนี้ยังสอดคล้องกับแนวคิดของเคาะลีฟะฮฺอัลมันศูร ในสมัยเคาะลีฟะฮสายสกุลอุมัยยะฮฺ ที่ได้ดำริที่จะบังคับใช้ตำราอัลมุวัฏเฏาะอฺของอิหม่ามมาลิกเป็นแหล่งอ้างอิงหลักของกฎหมายอิสลาม และแนวปฏิบัติของอาณาจักรออตโตมาน ตลอดจนประเทศมุสลิมต่างๆ ในยุคปัจจุบัน เช่น อียิปต์ อิรัก จอร์แดน คูเวต สหรัฐอาหรับอิมิเรต เยเมน มาเลเซีย บรูไน รวมถึงประเทศที่มีมุสลิมเป็นประชากรส่วนน้อย เช่น ฟิลิปปินส์ เป็นต้น โดยที่สุลต่านสุลัยมานอัลกอนูนีย์ ในยุคอาณาจักรออตโตมาน ได้จัดทำประมวลกฎหมายอิสลามฉบับหนึ่งขึ้นมาโดยให้ชื่อว่า "กอนูนนามะฮฺ "[1] และในปี ค.ศ. 1869 อาณาจักรออตโตมานได้มีการจัดทำ มะญัลละฮฺ อัลอะห์กาม อัลอัดลียะฮฺ ซึ่งเป็นประมวลกฎหมายที่เรียบเรียงตามรูปแบบกฎหมายสมัยใหม่ โดยการแบ่งเป็นบท หมวด ลักษณะ และเรียงลำดับเป็นมาตรา ใช้ภาษาที่ง่าย และกำหนดเพียงความเห็นเดียวในแต่ละเรื่อง โดยไม่ระบุความเห็นที่ขัดแย้งระหว่างความเห็นต่างๆ เพื่อความสะดวกในการตัดสินคดีความ ประมวลกฎหมายฉบับนี้ เป็นกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อิสลามมีจำนวนทั้งหมด 1851 มาตราใช้ในอาณาจักรออตโตมาน ซีเรีย เลบานอน ปาเลสไตน์และจอร์แดนตะวันออก[2]

รัฐบาลอียิปต์ได้รับเอาแนวคิดการร่างประมวลกฎหมายอิสลามมาใช้ โดยการตรากฎหมายฉบับที่ 25/1920 ซึ่งประกอบด้วยเรื่องการเลี้ยงดู อิดดะฮฺ การหายสาบสูญ การหย่าเนื่องจากสภาพร่างกายหรือจิตใจมีความบกพร่อง กฎหมายฉบับที่ 25/1929 ซึ่งมีเนื้อหาเกี่ยวกับการหย่า การอ้างความเป็นทายาท มะฮฺร์ ค่าเลี้ยงดู และอื่น ๆ กฎหมายฉบับที่ 77/1943 ว่าด้วยมรดก กฎหมายเลขที่ 48/1946 ว่าด้วยการวักฟฺ และกฎหมายฉบับที่ 71/1946 ว่าด้วยพินัยกรรม โดยกฎหมายฉบับที่ 25/1920 มี 13 มาตรา กฎหมายฉบับนี้ประกอบด้วยความเห็นจากมัซฮับทั้งสี่ ส่วนกฎหมายฉบับที่ 25/1925 มี 25 มาตรา มีการนำความเห็นจากมัซฮับทั้งสี่และความเห็นของอิบนุตัยมียะฮฺและอิบนุกอยยิม มาใช้ในบางมาตรา และกฎหมายฉบับที่ 71/1949 มี 82 มาตรา มีการนำความเห็นจากทุก ๆ มัซฮับอิสลามมาใช้ แม้กระทั่งมัซฮับชีอะฮฺในเรื่องการทำพินัยกรรมแก่ทายาทที่มีสิทธิรับมรดกได้ โดยไม่ต้องได้รับความเห็นชอบจากทายาท และความเห็นของอิบนุฮัซม์ ในเรื่องพินัยกรรมโดยผลของกฎหมายประเทศอิรัก ซึ่งประชากรมุสลิมส่วนใหญ่ยึดถือ

---

[1] Al-Ashqar, op.eit., 188 – 192.

[2] Al - Haaj, op.eit., 476.

มัซฮับชีอะฮฺ ประมาณร้อยละ 65 ส่วนน้อยเป็นสุนนีย์ คือ ประมาณร้อยละ 33 มีการตรากฎหมายมรดกในปี ค.ศ. 1959 โดยนำความเห็นจากทุกมัซฮับมาปรับใช้ ต่อมาในช่วงการเปลี่ยนแปลงทางการเมือง ในปี ค.ศ. 1963 กฎหมายมรดกดังกล่าวได้ถูกปรับปรุงแก้ไข โดยให้นำความเห็นจากมัซฮับชีอะฮฺมาใช้บังคับกับมุสลิมทั้งหมด[1]

ดังนั้นในทางปฏิบัติแล้ว โลกมุสลิมโดยทั่วไปจึงมีการจัดทำประมวลกฎหมายอิสลาม ยกเว้นบางประเทศเท่านั้น แต่แนวคิดดังกล่าวก็มีข้อโต้แย้ง ด้วยเหตุที่การจัดทำประมวลกฎหมายในรูปแบบปัจจุบัน มีผลทำให้ผู้พิพากษาและนักวิชาการทั่วไปในรัฐต้องสังกัดมัซฮับหนึ่งมัซฮับใดเป็นการเฉพาะ และไม่อาจวิเคราะห์วินิจฉัยข้อบัญญัติทางกฎหมายได้ด้วยตนเอง ถึงแม้ว่าจะเป็นมุจญ์ตะฮิดที่ศาสนาอิสลามอนุญาตให้วิเคราะห์ข้อบัญญัติทางกฎหมายได้ก็ตาม การจัดทำประมวลกฎหมายอิสลามจึงอาจเป็นสาเหตุหนึ่งที่จะทำให้กฎหมายอิสลามมีความคับแคบ ตายตัว ไม่ยืดหยุ่น และไม่สามารถตอบสนองความต้องการแห่งยุคสมัย โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อกาลเวลาผ่านไปและไม่มีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายให้เหมาะสม กฎหมายก็จะล้าหลัง เหมือนเช่นในประวัติศาสตร์กฎหมายอิสลามที่บรรดานักกฎหมายและมุสลิมทั่วไปยึดติดอยู่กับมัซฮับต่าง ๆ ตามความเห็นฝ่ายนี้ การบัญญัติกฎหมายรับรองให้ใช้กฎหมายอิสลามเป็นการทั่วไป ย่อมมีผลเท่ากับเป็นการรับรองว่ากฎหมายอิสลามเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับในฐานะที่เป็นกฎหมายของราชอาณาจักรไทยอยู่แล้ว แม้จะมีความเข้าใจเกี่ยวกับสถานะของกฎหมายอิสลามที่แตกต่างกัน จนถึงขั้นที่คณะกรรมการกฤษฎีกามีความเห็นว่า กฎหมายอิสลามมีผลผูกพันเฉพาะในศาลก็ตาม ก็เป็นความแตกต่างทางความเห็นวิชาการ ซึ่งเป็นเพราะองค์ความรู้เกี่ยวกับสถานะของกฎหมายอิสลามกับกฎหมายอื่นโดยทั่วไปยังไม่กระจ่างชัดเพียงพอในหมู่นักกฎหมายทั่วไป และในหมู่เจ้าหน้าที่ของรัฐ ควรจะปล่อยให้เป็นภารกิจของนักวิชาการ โดยรัฐส่งเสริมให้เกิดการพัฒนาองค์ความรู้ให้กว้างขวางขึ้น และเมื่อองค์ความรู้กฎหมายอิสลามพัฒนาเข้มแข็งขึ้นแล้ว ก็ย่อมมีการเผยแพร่ ขจัดข้อคิดที่คลาดเคลื่อน จนเป็นที่ยอมรับในการวินิจฉัยคดีของศาลตามแบบอย่างที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน และขยายไปสู่การปรับปรุงกลไกการบริหารงานของเจ้าหน้าที่ของรัฐต่อไปในที่สุด

ในแง่นี้ผลการวิจัยครั้งนี้จึงนับว่าแตกต่างจากข้อสรุปที่ได้จากการสัมมนาการใช้กฎหมายอิสลามของกระทรวงยุติธรรม[2]ที่ได้จัดขึ้น ในระหว่างวันที่ 13-14 มีนาคม พ.ศ. 2525 ที่เห็นว่า กรณีหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกไม่มีสถานะเป็นกฎหมายนั้นไม่เป็นปัญหา ทั้งที่การสัมมนาในครั้งนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อค้นหาข้อเสนอแนะในการแก้ปัญหาต่าง ๆ ที่

---

1 Al-Haaj, ibid, 457-482.

2 กระทรวงยุติธรรม, เรื่องเดิม, 130-134.

เกิดขึ้นด้วย แต่ก็พิจารณาเห็นว่ากรณีดังกล่าวมิใช่ปัญหาของการใช้กฎหมายอิสลามในจังหวัดชายแดนภาคใต้ สามารถแก้ได้โดยทางการบริหารและการปกครอง

ข. การยึดถือมัซฮับชาฟิอีย์

ผลจากการวิจัยกรณีกรณีปัญหาหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกที่ใช้เป็นคู่มือในการวินิจฉัยของดะโต๊ะยุติธรรมยึดถือตามมัซฮับชาฟิอีย์เพียงมัซฮับเดียว ทั้งจากผลการวิเคราะห์ข้อมูลจากแบบสอบถาม ข้อมูลการสัมภาษณ์และการประชุมสัมมนา มีความสอดคล้องกัน จากผลการวิเคราะห์ข้อมูลจากแบบสอบถามนั้น กรณีปัญหาหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกที่ใช้เป็นคู่มือในการวินิจฉัยของดะโต๊ะยุติธรรมยึดถือตามมัซฮับชาฟิอีย์เพียงมัซฮับเดียวเป็นปัญหาในระดับมากที่สุด สอดคล้องกับข้อมูลการสัมภาษณ์และการประชุมสัมมนาที่เห็นว่าไม่ควรยึดถือตามมัซฮับชาฟิอีย์เพียงมัซฮับเดียว เป็นปัญหาในทางปฏิบัติ เพราะแม้ว่าหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกจัดทำขึ้นตามแนวมัซฮับชาฟิอีย์ แต่พระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามฯ พ.ศ.2489 มิได้บังคับให้ใช้หลักกฎหมายอิสลามมัซฮับชาฟิอีย์เท่านั้น ดะโต๊ะยุติธรรมอาจพิจารณาตามมัซฮับอื่นได้ตามความเหมาะสม

ผลการวิจัยนี้สอดคล้องกับแนวคิดทางกฎหมายอิสลามในเรื่องหลักเกณฑ์ในการปรับใช้กฎหมายอิสลามจากมัซฮับต่าง ๆ ที่ไม่มีการบังคับให้ยึดถือปฏิบัติตามทัศนะหรือมัซฮับหนึ่งมัซฮับใดเป็นการเฉพาะ เพราะการบังคับ (วาญิบ) ให้ปฏิบัติอย่างหนึ่งอย่างใดจะต้องมาจากอัลลอฮฺและศาสนทูตของพระองค์ เท่านั้น

ดังนั้น จึงไม่มีข้อห้ามในการถือปฏิบัติตามมัซฮับหนึ่งมัซฮับใด และไม่ถือเป็นสิ่งต้องห้ามในการนำความคิดเห็นของบรรดานักกฎหมายอิสลามมัซฮับต่าง ๆ มาผสมผสาน ๆ (ตัลฟีก) ในการปฏิบัติหรือกำหนดเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ตราบเท่าที่การผสมผสานนั้นไม่เป็นการผสมผสานที่ต้องห้าม (ตัลฟีก มัมนุอฺ) ทั้งนี้เพราะเป็นการปฏิบัติตามหลักการอำนวยความสะดวกและไม่สร้างความยากลำบากในอิสลาม หลักการขจัดความยากลำบากและการอำนวยความสะดวก เป็นรากฐานแห่งบทบัญญัติของกฎหมายอิสลาม และเป็นเงื่อนไขสำคัญที่ทำให้กฎหมายอิสลามดำรงอยู่ชั่วนิรันดร์

ด้วยเหตุนี้ การปรับใช้กฎหมายอิสลามจากมัซฮับต่าง ๆ โดยจัดทำหรือตราเป็นประมวลกฎหมายอิสลามในลักษณะหรือเรื่องต่าง ๆ ตามความเหมาะสมจึงเป็นหนทางที่จะนำไปสู่ความเป็นเอกภาพและขจัดความขัดแย้งแตกต่างระหว่างมัซฮับออกไปได้ (Al-Zuhaili, 2007: 74) ความเห็นที่แตกต่างกันของบรรดานักกฎหมายอิสลามเกิดขึ้นเนื่องจากความเหลื่อมล้ำทางความคิดและสติปัญญาในการวิเคราะห์และตีความตัวบท ตลอดจนความลึกซึ้งถึงความเร้นลับและเหตุผลที่แฝงเร้นอยู่ในการบัญญัติกฎหมายอิสลามที่แตกต่างกัน เช่นเดียวกับในระบบกฎหมายอื่น ๆ ที่

บรรดานักกฎหมายได้อธิบายหรือเข้าใจตัวบทกฎหมายแตกต่างกัน เพราะถ้อยคำสำนวนหรือภาษาที่อาจตีความได้หลายนัย และความรู้หรือประสบการณ์ตลอดจนมุมมองในบางประเด็นของนักกฎหมายที่แตกต่างกัน

ดังนั้น ความขัดแย้งดังกล่าวนี้ ย่อมเป็นความขัดแย้งโดยปกติทั่วไปที่อาจเกิดขึ้นได้ ไม่ขัดต่อหลักการอิสลามแม้มีแหล่งที่มาเดียวกัน เป็นความขัดแย้งที่เกิดจากความอ่อนแอของมนุษย์เองที่ไม่สามารถค้นพบความถูกต้องแท้จริงซึ่งแฝงเร้นอยู่ในบทบัญญัติต่างๆ และเป็นความโปรดปรานจากอัลลอฮฺ ที่ให้ความสะดวกง่ายดายในการปฏิบัติภายหลังจากการประทานวะหฺยูสิ้นสุดลง มุสลิมสามารถปฏิบัติตามความเห็นหรือทัศนะใดของบรรดานักกฎหมายอิสลามที่มีความเห็นแตกต่างกันได้ จึงเป็นหน้าที่ของบรรดานักกฎหมายอิสลามที่จะต้องวิเคราะห์วินิจฉัยบทบัญญัติ และไม่ว่าถูกหรือผิดก็จะได้รับกุศลตอบแทนทั้งสิ้น ดังที่ท่านนบีกล่าวไว้ความว่า**"เมื่อผู้พิพากษาได้วิเคราะห์วินิจฉัย และการวิเคราะห์วินิจฉัยนั้นถูกต้องเขาได้รับสองกุศลบุญ และหากการวิเคราะห์วินิจฉัยนั้นผิดพลาดเขาได้รับหนึ่งกุศลบุญ"**[1]

การพิจารณาคัดเลือกทัศนะหรือมัซฮับที่เหมาะสมจึงเป็นช่องทางที่เปิดและเอื้ออำนวยต่อการพัฒนาแนวคิดอิสลาม ตลอดจนการจัดทำหรือตราประมวลกฎหมายอิสลาม บนพื้นฐานของข้อบัญญัติกฎหมายอิสลามในมัซฮับต่าง ๆ ซึ่งเป็นเสมือนคลังแห่งวิชาการทางกฎหมายอิสลามที่สามารถใช้เป็นแหล่งอ้างอิงในการจัดทำประมวลกฎหมายให้มีความเหมาะสมและสอดคล้องกับความเปลี่ยนแปลงแห่งยุคสมัย

อย่างไรก็ตาม ผลการวิจัยพบว่าผู้ทรงคุณวุฒิส่วนน้อยมีความเห็นแตกต่างจากผู้ทรงคุณวุฒิส่วนใหญ่ โดยเห็นว่า การใช้โดยยึดถือตามมัซฮับชาฟิอีย์เพียงมัซฮับเดียวไม่เป็นปัญหาในทางปฏิบัติ อาจเป็นเพราะเห็นว่ามุสลิมส่วนใหญ่ในประเทศไทยยึดถือตามมัซฮับชาฟิอีย์เป็นหลัก ผลการวิจัยนี้สอดคล้องกับพระราชบัญญัติการบริหารกิจการอิสลาม (Enakmen Pentadbiran Agama Islam) ของรัฐต่างๆ ของประเทศมาเลเซียทั้งหมด ยกเว้นรัฐเปอร์ลิส ที่กำหนดว่าให้ใช้มัซฮับชาฟิอีย์ ยิ่งไปกว่านั้น กฎหมายบริหารกิจการอิสลามญะโฮร์ 1978 (ฉบับที่ 14) (Enakmen Pentadbiran Agama Islam Johor 1978 (no.14) มาตรา 5(6)) ยังบัญญัติให้คณะกรรมการสำนักงานศาสนาอิสลาม (Ahli Majlis Agama Islam) ทุกคนจะต้องเป็นผู้ยึดถือมัซฮับชาฟิอีย์

สรุป การจัดทำหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก เป็นคู่มือ ข้อบังคับหรือประมวลกฎหมายแล้วแต่กรณี ควรจัดทำโดยยึดอัลกุรอานและสุนนะฮฺเป็นหลักและใช้ข้อบัญญัติทางกฎหมายมัซฮับต่าง ๆ เป็นแนวทาง โดยเลือกมัซฮับ ทัศนะหรือความคิดเห็นที่เหมาะสมที่สุดกับมุสลิมในสังคมไทยในสมัยปัจจุบัน แม้เป็นทัศนะที่อ่อนแอ แต่หากมีความ

---

[1] ความหมายของหะดีษบันทึกโดยบุคอรี หะดีษเลขที่ 7352.

เหมาะสมและเป็นประโยชน์ต่อส่วนรวมยิ่งกว่า ก็สามารถนำมากำหนดเป็นหลักกฎหมาย ข้อบังคับ หรือประมวลกฎหมายได้ แต่ทั้งนี้ ต้องมีการทบทวน และปรับปรุงแก้ไขอย่างสม่ำเสมอ เพื่อพัฒนาให้กฎหมายอิสลามภายใต้หลักอัลกุรอานและสุนนะฮฺมีความทันสมัย ไม่ล้าหลังเหมือนเช่นบางยุคบางสมัยในอดีต

ค. ความจำเป็นต้องมีศาลที่ใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย

ผลจากการวิจัยกรณีการจัดให้มีองค์กรศาลเฉพาะที่ใช้กฎหมายอิสลาม ทั้งจากผลการวิเคราะห์ข้อมูลจากแบบสอบถาม ข้อมูลการสัมภาษณ์และการประชุมสัมมนา มีความสอดคล้องกัน จากผลการวิเคราะห์ข้อมูลจากแบบสอบถามระดับความเห็นด้วยอยู่ในระดับมาก สอดคล้องกับบทบัญญัติอิสลามที่กำหนดให้การดำเนินการให้มีศาลอิสลาม เป็นข้อบังคับที่ถือเป็น*ฟัรฎู* สำหรับสังคมและประชาชาติมุสลิม ดังปรากฏในบทบัญญัติแห่งอัลกุรอานหลายโองการที่เรียกร้องให้ดำเนินการด้านตุลาการในลักษณะของการบังคับเด็ดขาด และอัลลอฮฺทรงสัญญาที่จะตอบแทนกุศลบุญอันยิ่งใหญ่สำหรับการดำเนินการตามคำเรียกร้องนั้น และทรงบัญญัติการลงโทษอย่างรุนแรงสำหรับการเพิกเฉยหรือละทิ้งเข้าข่ายเป็นผู้ปฏิเสธศรัทธา อัลลอฮฺตรัสไว้ในซูเราะห์อัลมาอิดะฮฺ อายะห์ที่ 44 ความว่า

> ” ...**จงอย่ากลัวมนุษย์แต่จงกลัวข้าเถิดและจงอย่าแลกเปลี่ยนบรรดาโองการของข้ากับราคาอันเล็กน้อยและผู้ใดที่มิได้ตัดสินด้วยสิ่งที่อัลลอฮฺได้ทรงประทานลงมาแล้วชนเหล่านั้นแหละคือผู้ปฏิเสธการศรัทธา**“

สถาบันศาลเป็นส่วนหนึ่งของระบบกฎหมายอิสลามกล่าวคือความเป็นอิสลามจะยังไม่ครบถ้วนสมบูรณ์ หากยังมิได้มีการสถาปนาสถาบันศาลให้เกิดขึ้นในสังคมมุสลิม เพราะโดยธรรมชาติของสังคมหรือรัฐจำเป็นที่จะต้องมีสถาบันศาลเป็นองค์กรสูงสุดเพื่อการชี้ขาดปัญหาข้อขัดแย้งและคืนความเป็นธรรมให้กับผู้ถูกอธรรม อุมัรอิบนุอัลค็อฏฏอบกล่าวไว้ความว่า

> “**องค์กรศาลในอิสลามนั้นเป็นความจำเป็น (ฟัรฎู) ซึ่งถูกบัญญัติขึ้นไว้และเป็นสุนนะฮฺอันพึงต้องเจริญรอยตาม**....”

ทัศนะเช่นนี้ สอดคล้องกับความคิดเห็นผู้ทรงคุณวุฒิที่ให้การสัมภาษณ์และเข้าร่วมประชุมสัมมนาที่เสนอให้มีจัดตั้งองค์กรศาลเฉพาะที่ใช้กฎหมายอิสลาม เพื่อให้ดะโต๊ะยุติธรรมมีอำนาจเบ็ดเสร็จในการพิจารณาและพิพากษาคดี ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายอิสลาม โดยมีลักษณะเป็นองค์กรศาลเฉพาะหรือเป็นแผนกหนึ่งในศาลจังหวัดหรือจัดตั้งในลักษณะของศาลชำนัญพิเศษตามความเหมาะสม และศาลควรให้มี 2 ชั้นศาล คือศาลชั้นต้นและศาลชั้นฎีกา มีเขตอำนาจหน้าที่

ครอบคลุมมุสลิมทั่วประเทศโดยมิจำกัดอยู่แต่เฉพาะในจังหวัดชายแดนภาคใต้เพื่อความเสมอภาคและประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายอิสลาม

อย่างไรก็ตาม แม้ว่ากฎหมายอิสลามจะกำหนดให้มีศาลที่ใช้กฎหมายอิสลามดังกล่าวแล้ว แต่ก็มีความยืดหยุ่นเป็นอย่างสูงในเรื่องรูปแบบของศาลดังกล่าว ทั้งนี้เนื่องจากกฎหมายอิสลามไม่ได้กำหนดรูปแบบใดรูปแบบหนึ่งของศาลที่ใช้กฎหมายอิสลามเป็นการเฉพาะ โดยอาจเป็นศาลเฉพาะที่ใช้กฎหมายอิสลามดังความเห็นของผู้ทรงคุณวุฒิบางส่วน ซึ่งสอดคล้องกับรูปแบบของศาลที่ใช้กฎหมายอิสลามในประเทศมุสลิมในประวัติศาสตร์ตั้งแต่สมัยของท่านนบีมุฮัมมัด ﷺ สมัยการปกครองของเคาะลีฟะฮฺสายสกุลอุมัยยะฮฺ อับบาสียะฮฺ และออตโตมาน ตลอดจนรูปแบบของศาลชะรีอะฮฺในประเทศมุสลิมโดยทั่วไป รวมถึงประเทศที่มีมุสลิมเป็นชนส่วนน้อย เช่น ฟิลิปปินส์ สิงคโปร์ หรืออื่นๆ หรืออาจเป็นส่วนหนึ่งของศาลอื่นในระบบกฎหมายของแต่ละสังคมที่มีการใช้กฎหมายอิสลาม หรือรูปแบบอื่นๆก็ได้ เพียงแต่ต้องมีลักษณะสำคัญคือผู้พิพากษาผู้ใช้กฎหมายอิสลามต้องมีอำนาจพิจารณาทั้งข้อกฎหมาย ข้อเท็จจริง อำนาจในการพิพากษา และอำนาจอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง ดังคำกล่าวของ Al-Mawardi และนักกฎหมายอิสลามท่านอื่นๆ อีกทั้งมีรูปแบบที่สามารถอำนวยความยุติธรรมซึ่งถือเป็นจุดมุ่งหมายหลักในระบบกฎหมายอิสลามได้ ก็ถือได้ว่าเป็นรูปแบบของศาลที่สอดคล้องกับกฎหมายอิสลามแล้ว และยังอาจถือได้ว่าเป็นพัฒนาการทางกฎหมายอิสลามเกี่ยวกับรูปแบบของศาลที่ใช้กฎหมายอิสลามในสังคมที่มีลักษณะเฉพาะอีกลักษณะหนึ่ง

การจัดตั้งองค์กรศาลเพื่อให้ผู้พิพากษาตามกฎหมายอิสลามในประเทศไทยมีอำนาจหน้าที่โดยสมบูรณ์นั้นจะต้องควบคู่ไปกับการพัฒนากลไกต่างๆ ในการใช้กฎหมายอิสลาม อย่างเป็นระบบ อันได้แก่

1. การปรับปรุงหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกให้มีเนื้อหาที่ครอบคลุมเรื่องครอบครัว มรดก พินัยกรรม และเรื่องอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง

2. การปรับปรุงและพัฒนาหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกให้เป็นข้อบัญญัติประธานศาลฎีกา

3. การจัดให้มีหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอิสลามเป็นแนวทางในการพิจารณาพิพากษาคดีของดะโต๊ะยุติธรรม

4. การจัดให้มีหน่วยงานจดทะเบียนสมรสและทะเบียนหย่าตามหลักกฎหมายอิสลาม

5. การจัดให้มีองค์กรชี้ขาดปัญหาศาสนา (ฟัตวา) เพื่อส่งเสริมและพัฒนาการใช้กฎหมายอิสลาม

6. การจัดให้มีองค์กรพัฒนาบุคลากรฝ่ายตุลาการ ที่เกี่ยวข้องกับการบังคับใช้กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก

7. การขยายขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายอิสลามให้ครอบคลุมมุสลิมทั่วประเทศ

8. การจัดให้มีการอุทธรณ์หรือฎีกาคำวินิจฉัยชี้ขาดหรือคำพิพากษาของดะโต๊ะยุติธรรม

9. ปรับปรุงคุณสมบัติเพิ่มเติมของดะโต๊ะยุติธรรม หลักเกณฑ์การโยกย้าย การคัดค้านการปฏิบัติหน้าที่ของดะโต๊ะยุติธรรม และจัดทำคู่มือจริยธรรมสำหรับดะโต๊ะยุติธรรม

10. ให้มีหน่วยงานที่ควรเข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการใช้กฎหมายอิสลาม ได้แก่ สำนักงานศาลยุติธรรม สำนักจุฬาราชมนตรี สำนักงานคณะกรรมกลางอิสลามแห่งประเทศไทย และสำนักงานคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัด เป็นต้น

11. การจัดให้มีระบบไกล่เกลี่ยและระงับข้อพิพาททางเลือกด้วยวิถีทางอิสลาม

เหล่านี้ เป็นกลไกสำคัญประกอบการปรับใช้กฎหมายอิสลามอย่างเป็นระบบและมีประสิทธิภาพ ปรากฏอยู่ในกระบวนการหรือโครงสร้างการปรับใช้กฎหมายอิสลามในประเทศมุสลิมเช่น ประเทศมาเลเซีย รวมถึงประเทศที่มีมุสลิมเป็นชนส่วนน้อยบางประเทศ เช่น ฟิลิปปินส์ เป็นต้น

ทั้งนี้ ในการใช้กฎหมายอิสลามของมาเลเซียนั้นมีระบบและกลไกต่างๆ เช่น

1. พระราชบัญญัติว่าด้วยกฎหมายครอบครัวอิสลาม (Akta Undang-Undang Keluarga Islam)

2. พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่งศาลชะรีอะฮฺ (Akta Tata Cara Mal Mahkamah Syariah)

3. กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับมรดก เช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยที่ดิน (พื้นที่นิคม) 1960 (Akta Tanah (Kawasan Penempatan Berkelompok 1960) กฎหมายที่ดินแห่งชาติ 1965 (Kanun Tanah Negera, 1965) พระราชบัญญัติว่าด้วยลิขสิทธิ์ (Akta Hakmilik Strata) กฎหมายทรัพย์สงวนสำหรับชนชาติมลายูของรัฐต่างๆ (Enakmen Rizab Melayu Negeri-Negeri) พระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนที่ดิน 1960 (Akta Pengambillan Tanah, 1960) และกฎหมายที่เกี่ยวข้องอื่นๆ

4. ศาลชะรีอะฮฺ ซึ่งจะประกอบด้วยด้วยศาลชะรีอะฮฺชั้นต้น ศาลชะรีอะฮฺชั้นสูง และศาลชะรีอะฮฺชั้นอุทธรณ์ มีหน้าที่พิจารณาอรรถคดีจดทะเบียนสมรสและทะเบียนหย่าตามหลักกฎหมายอิสลาม พัฒนาบุคลากรฝ่ายตุลาการ ที่เกี่ยวข้องกับการบังคับใช้กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท และอื่นๆ

5. มุฟตีย์และคณะกรรมการฟัตวา

6. ทนายความศาลชะรีอะฮฺ

ส่วนประเทศฟิลิปปินส์ มีระบบและกลไกในการใช้กฎหมายอิสลาม ได้แก่

1. ประมวลกฎหมายสำหรับบังคับแก่คนมุสลิม (Code of Muslim Personal Law of the Philippines) ที่แบ่งออกเป็น 3 ส่วนใหญ่ ๆ คือส่วนทั่วไปส่วนวิธีสบัญญัติและส่วนสาระบัญญัติ

2. ศาลชะรีอะฮฺ (Shariah court) ซึ่งได้แบ่งออกเป็นสองศาล คือศาลชะรีอะฮฺประจำภาค (Sharia District Court) และศาลชะรีอะฮฺประจำท้องถิ่น (Sharia Circuit Court)

3. คณะกรรมการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (Agama Arbitration) ประกอบด้วยประธานและตัวแทนของคู่ความแต่ละฝ่าย

4. ที่ปรึกษากฎหมายอิสลาม (Jurisconsult in Islamic Law) มีหน้าที่ตามกฎหมาย เช่น ให้ความเห็นในทางกฎหมายแก่คู่กรณีที่มีส่วนได้เสีย ตามหนังสือที่ได้ทำการร้องขอ

5. สำนักงานจดทะเบียนสมรสและการจดทะเบียนหย่า หรือการเพิกถอนการหย่าและการเข้ารับนับถือศาสนาอิสลามประจำภาค (Circuit Registrar of Muslim Marriage, Divorce, Revocation of Divorce and Conversion **)** และสำนักงานจดทะเบียนสมรส หย่า หรือเพิกถอนการหย่า และการเข้ารับนับถือศาสนาอิสลามประจำท้องถิ่น (District Registrar of Muslim Marriage, Divorce, Revocation of Divorce and Conversion**)**

นายทะเบียนสมรส และหย่า หรือการเพิกถอนการหย่า และการเข้ารับนับถือศาสนาอิสลาม

จากลักษณะการใช้กฎหมายอิสลามของประเทศมาเลเซียและฟิลิปปินส์ จะเห็นได้ว่า ระบบและกลไกการใช้กฎหมายอิสลามของประเทศทั้งสองมีเนื้อหาสาระใกล้เคียงกัน แม้ว่าจะมีชื่อเรียกต่างกันก็ตาม เช่น ในขณะที่มาเลเซียมีกฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายวิธีสบัญญัติที่เป็นเอกเทศ แต่ฟิลิปปินส์ได้รวมไว้ในประมวลกฎหมายสำหรับบังคับแก่คนมุสลิม (Code of Muslim Personal Law of the Philippines) มาเลเซียเรียกที่ปรึกษากฎหมายอิสลามว่า มุฟตีย์ และคณะกรรมการฟัตวา ในขณะที่ฟิลิปปินส์เรียกว่า ที่ปรึกษากฎหมายอิสลาม(Jurisconsult in Islamic Law) ดังนั้นทัศนะของผู้ทรงคุณวุฒิบางส่วนที่เห็นว่า ให้แยกระหว่างกฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายวิธีสบัญญัติอิสลาม จึงสอดคล้องกับแนวปฏิบัติของมาเลเซีย ส่วนที่เห็นว่าให้รวมไว้ในแหล่งเดียวกันก็สอดคล้องกับแนวปฏิบัติในการใช้กฎหมายอิสลามของประเทศฟิลิปปินส์

ง. อำนาจหน้าที่ของดะโต๊ะยุติธรรม

ผลการวิจัยพบว่า กรณีปัญหาดะโต๊ะยุติธรรมมีอำนาจวินิจฉัยข้อกฎหมาย แต่ไม่มีอำนาจในการพิพากษา และวินิจฉัยข้อเท็จจริงในคดีเป็นปัญหาในระดับมากที่สุด สอดคล้องกับข้อมูลการสัมภาษณ์และการประชุมสัมมนา นอกจากนั้น ความเห็นเกี่ยวกับขอบเขตอำนาจหน้าที่ของดะโต๊ะยุติธรรมพบว่า ขอบเขตอำนาจหน้าที่ของดะโต๊ะยุติธรรมในทางคดี นั้นส่วนใหญ่เห็นว่า ควรมีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดีตามหลักกฎหมายอิสลามเช่นเดียวกับผู้พิพากษา โดยให้มีผู้พิพากษาอยู่ในองค์คณะ คิดเป็นร้อยละ 45.8 รองลงมาคือ ควรมีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดีตามหลักกฎหมายอิสลามเช่นเดียวกับผู้พิพากษา โดยไม่ต้องมีผู้พิพากษาอยู่ในองค์คณะ คิดเป็นร้อยละ 32.5 และควรมีอำนาจหน้าที่เพียงให้คำปรึกษาข้อกฎหมายอิสลามแก่ผู้พิพากษาแต่ไม่มีอำนาจในการพิพากษา คิดเป็นร้อยละ 12.0 สอดคล้องกับความคิดเห็นของผู้ทรงคุณวุฒิจากการสัมภาษณ์และการประชุมสัมมนา โดยส่วนใหญ่มีความเห็นว่า ควรให้ดะโต๊ะยุติธรรมมีอำนาจวินิจฉัยทั้งข้อกฎหมายและข้อเท็จจริง เพื่อให้สอดคล้องกับหลักการศาลในอิสลาม

ผลการวิจัยดังกล่าวสอดคล้องกับอำนาจหน้าที่ของผู้พิพากษาในระบบการพิพากษาตามกฎหมายอิสลามของรัฐอิสลามนับตั้งแต่ยุคต้นของอิสลาม ยุคการปกครองของเคาะลีฟะฮฺสายสกุลอุมัยยะฮฺ อัลอับบาส และออตโตมาน ตลอดมาจนกระทั่งถึงโลกมุสลิมส่วนใหญ่ในปัจจุบัน และสอดคล้องกับทัศนะของ Al-Mawardi (1989: 67-68) ที่เห็นว่า ผู้พิพากษาพึงมีอำนาจหน้าที่ 10 ประการ ดังต่อไปนี้

(1) ตัดสินกรณีพิพาทขัดแย้งไปตามพยานหลักฐาน หรือไกล่เกลี่ยให้คู่กรณียุติความขัดแย้งด้วยความพอใจกันของทั้งสองฝ่าย

(2) มอบสิทธิอันชอบธรรมให้กับผู้เป็นเจ้าของสิทธิอย่างบริบูรณ์ ภายหลังจากที่ทราบแน่ชัดถึงการเป็นเจ้าของสิทธิดังกล่าวด้วยการรับสารภาพ การยืนยันของพยาน หรือด้วยเหตุอื่นใดตามที่ระบุไว้ในหลักศาสนบัญญัติ

(3) มีอำนาจปกครองแก่ผู้ไร้ความความสามารถ เช่น ผู้วิกลจริต หรือเด็กที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะ และมีอำนาจปกครองในการพิทักษ์ทรัพย์แก่ผู้หย่อนความสามารถ หรือถูกจำกัดสิทธิ เช่น ผู้ล้มละลาย เป็นต้น

(4) ดูแลทรัพย์สินที่เป็นสาธารณสมบัติทะนุบำรุงให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่บุคคลทั่วไป

(5) ดำเนินการตามพินัยกรรมที่ผู้ทำพินัยกรรมได้มอบหมายให้ โดยจะต้องอยู่ในขอบเขตที่ศาสนาอนุมัติ

(6) จัดการสมรสหญิงหม้ายกับผู้ที่เหมาะสมคู่ควรกับนาง เมื่อถูกทาบทามสู่ขอและไม่มีผู้ใดเป็นผู้ปกครอง

(7) พิพากษาโทษแก่ผู้ที่กระทำความผิดอย่างสาสม หากเป็นความผิดประเภทหักกุ้ลลอฮ์ สามารถดำเนินการได้ทันทีโดยมิจำต้องมีการฟ้องร้อง แต่ถ้าเป็นความผิดประเภทหักกุ้ลอาดัม ศาลจะดำเนินการโดยปราศจากการฟ้องร้องจากผู้เสียหายมิได้

(8) กำกับ ติดตาม สอดส่อง ดูแลพฤติกรรมของผู้ที่อยู่ภายใต้การปกครองไม่ให้สร้างความเดือดร้อนหรือกีดขวางเส้นทางการสัญจรของผู้คน หรือสถานที่สาธารณะ อันเป็นการละเมิดสิทธิประโยชน์ของสาธารณชน

(9) ตรวจสอบเจ้าหน้าที่ ผู้สำเร็จราชการแทนที่ส่งไปทำหน้าที่ตามหัวเมืองต่างๆ หากพิจารณาแล้วพบว่า ยังมีความพร้อมที่จะปฏิบัติหน้าที่ก็ให้ดำรงอยู่ในหน้าที่นั้นต่อไป และหากผู้ใดไม่เหมาะสมก็ให้แต่งตั้งผู้ที่มีความเหมาะสมกว่าทำหน้าที่แทน

(10) ให้ความเป็นธรรมและความเสมอภาคในการชี้ขาดตัดสินคดีระหว่างผู้เข้มแข็งกับผู้อ่อนแอ ไม่ตัดสินคดีความตามอารมณ์หรือเอนเอียงเข้าข้างผู้มียศศักดิ์ อันจะนำไปสู่การอธรรมต่ออีกฝ่ายหนึ่ง และยังสอดคล้องกับการปรับใช้กฎหมายอิสลามของประเทศที่มีมุสลิมเป็นประชา-กรส่วนน้อย เช่น ประเทศสิงคโปร์และฟิลิปปินส์ เป็นต้น ทั้งนี้เนื่องจากระบบการพิพากษาตามกฎหมายอิสลามของรัฐอิสลามในยุคต่าง ๆ และประเทศดังกล่าวข้างต้น มีการใช้หลักวิธีสบัญญัติอิสลามในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดี ทั้งในด้านข้อกฎหมายและข้อเท็จจริง ซึ่งแตกต่างจากการปรับใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทยในปัจจุบันที่ดะโต๊ะยุติธรรม มีอำนาจเฉพาะการพิจารณาข้อกฎหมายอิสลามเท่านั้น ไม่รวมถึงข้อเท็จจริง ซึ่งเป็นลักษณะที่แตกต่างจากการปรับใช้กฎหมายอิสลามในประวัติศาสตร์การใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทยตั้งแต่ยุคอยุธยาตลอดมาจนถึงยุครัตนโกสินทร์ก่อนการยกเลิกอำนาจด้านการพิจารณาคดีตามกฎหมายอิสลามของจุฬาราชมนตรีในยุคการปฏิรูปในสมัยรัชกาลที่ 5 โดยที่ในช่วงเวลาดังกล่าว จุฬาราชมนตรีซึ่งมีฐานะผู้นำประชาคมมุสลิมทำการพิจารณาคดีครอบครัวมรดกของผู้นับถือศาสนาอิสลาม ดังข้อมูลที่ปรากฏในสารตราของเสนาบดีกระทรวงยุติธรรม ที่ 30/4353 วันที่ 24 กันยายน พ.ศ. 2460 ดำเนินการตามกระแสพระบรมราชโองการให้ขยายขอบเขตการใช้กฎหมายอิสลามรวมไปถึงจังหวัดสตูล ซึ่งมีความว่า "ถ้าบุคคลผู้นับถือศาสนาอิสลามพิพาทกันด้วยความแพ่งลักษณะผัวเมียและทรัพย์มรดก ให้ตุลาการพึงพิจารณาและบังคับคดีตัดสินคดีโดยลัทธิประเพณีอิสลาม ตามคัมภีร์โกหร่านพระมะหะหมัดนั้น" นอกจากนั้น ตามสารตราดังกล่าวได้กำหนดตำแหน่งตุลาการฝ่ายอิสลามให้เรียกว่าดะโต๊ะยุติธรรมที่เป็นสถาบันหนึ่งเทียบอำนาจศาลแขวงในพระธรรมนูญศาลยุติธรรมมาตรา 25

จากข้อเท็จจริงดังกล่าว จะเห็นได้ว่าอำนาจหน้าที่ของดะโต๊ะยุติธรรม ตามพระราชบัญญัติการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี ยะลา นราธิวาสและสตูล พ.ศ. 2489

ที่มีอำนาจเพียงพิจารณาข้อกฎหมายอิสลาม แตกต่างจากอำนาจของจุฬาราชมนตรีตั้งแต่สมัยกรุงอยุธยา ตลอดมาจนถึงสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ก่อนการยกเลิกอำนาจด้านการพิจารณาคดีตามกฎหมายอิสลามของจุฬาราชมนตรีในยุคการปฏิรูปในสมัยรัชกาลที่ 5 และยังแตกต่างจากอำนาจหน้าที่ของดะโต๊ะยุติธรรม ดังที่ปรากฏในสารตราของเสนาบดีกระทรวงยุติธรรม ที่ 30/4353 วันที่ 24 กันยายน พ.ศ. 2460 ดำเนินการตามกระแสพระบรมราชโองการ ให้ขยายขอบเขตการใช้กฎหมายอิสลามรวมไปถึงจังหวัดสตูล ที่กำหนดให้ดะโต๊ะยุติธรรมมีอำนาจเทียบศาลแขวง

ส่วนองค์คณะของดะโต๊ะยุติธรรม จะประกอบด้วยผู้อื่น เช่น ผู้พิพากษาตามระบบกฎหมายของไทยที่ไม่ได้นับถือศาสนาอิสลามหรือผู้พิพากษาที่นับถือศาสนาอิสลามแต่ไม่มีความรู้ด้านกฎหมายอิสลามนั้น กฎหมายอิสลามบัญญัติว่าในการใช้กฎหมายอิสลามผู้พิพากษาต้องเป็นมุสลิม บรรดานักนิติศาสตร์อิสลามมีความเห็นสอดคล้องกันว่าผู้พิพากษาจะต้องเป็นมุสลิม อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติกลุ่มประเทศอาหรับมุสลิมปัจจุบันบางประเทศยินยอมให้มีการแต่งตั้งบุคคลที่มิใช่มุสลิมเป็นผู้พิพากษา เพียงแต่อำนาจในการพิจารณาพิพากษาของผู้พิพากษาที่ไม่ใช่มุสลิมนั้น จำกัดอยู่แต่เฉพาะในคดีอื่นนอกเหนือจากคดีครอบครัวและมรดกอิสลามทั้งนี้ โดยเปรียบเทียบกับการเป็นพยาน ซึ่งปวงปราชญ์เห็นพ้องต้องกันว่า อนุญาตให้รับฟังการเป็นพยานของคนต่างศาสนิกในคดีระหว่างมุสลิมได้ แต่นั่นมิได้หมายความว่าปวงปราชญ์จะให้การยอมรับการเป็นผู้พิพากษาของคนต่างศาสนิก เพราะการกิยาสระหว่างการพิพากษากับพยานนักปราชญ์ส่วนใหญ่ถือว่ามีข้อแตกต่างที่ไม่สามารถกิยาสหรือเปรียบกันได้ ดังนั้น การปฏิบัติของประเทศอาหรับในเรื่องนี้ จึงมีข้อสังเกตที่ไมอาจถือเป็นบรรทัดฐานได้

สำหรับผู้พิพากษาที่นับถือศาสนาอิสลามแต่ไม่มีความรู้ด้านกฎหมายอิสลามนั้นก็ไม่สามารถเป็นองค์คณะเพื่อพิพากษาคดีครอบครัวและมรดกอิสลามได้ เนื่องจากกฎหมายอิสลามกำหนดว่า ผู้พิพากษากฎหมายอิสลามจะต้องมีความรู้ความสามารถในการวิเคราะห์วินิจฉัยหุกมฺหรือข้อกำหนดทางศาสนาจากหลักฐานต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องในบทบัญญัติอิสลาม

อย่างไรก็ตาม กรณีองค์คณะดะโต๊ะยุติธรรมนั้น ตามหลักกฎหมายอิสลามมิได้บังคับและมิได้ห้ามการพิจารณาพิพากษาคดีเป็นองค์คณะ แต่ทว่าส่งเสริมให้ผู้พิพากษาหรือกอฎีปรึกษาหารือในการพิจารณาพิพากษาคดี และการพิจารณาคดีเป็นองค์คณะย่อมเปิดโอกาสให้มีการปรึกษาหารือได้มากกว่าการพิพากษาโดยผู้พิพากษาเพียงคนเดียว

นอกจากนั้น ผลการวิจัยพบว่า การพิจารณาของดะโต๊ะยุติธรรมเพียงครั้งเดียวอาจเกิดความผิดพลาดได้ จึงควรให้มีการอุทธรณ์ หรือฎีกา ส่วนจะอุทธรณ์ไปยังศาลอุทธรณ์หรือศาลฎีกาโดยตรงนั้น เห็นว่าควรอุทธรณ์ไปยังศาลฎีกาโดยตรง นั่นย่อมหมายความว่าให้มีการจัดตั้งแผนกศาลชะรีอะฮฺในศาลฎีกาด้วย เพื่อพิจารณาอุทธรณ์คำพิพากษาของแผนกศาลชะรีอะฮฺชั้นต้น กล่าวคือให้ศาลชะรีอะฮฺประกอบด้วย 2 ชั้น ได้แก่แผนกศาลชะรีอะฮฺในศาลจังหวัดและแผนกศาล

ชะรีอะฮฺในศาลฎีกา และหากไม่มีการอุทธรณ์หรือฎีกาก็ควรจะต้องให้มีคณะกรรมการชุดหนึ่งกลั่นกรองคำวินิจฉัยของดะโต๊ะยุติธรรม และผลการวิจัยยังพบว่าสมควรจะต้องจัดให้มีดะโต๊ะยุติธรรมประจำอยู่ในศาลอุทธรณ์หรือศาลฎีกาในกรณีที่มีการจัดให้มีการอุทธรณ์หรือฎีกาด้วย เพื่อที่จะให้การพิจารณาพิพากษาดำเนินไปตามหลักกฎหมายอิสลาม

ผลการวิจัยดังกล่าวสอดคล้องกับแนวปฏิบัติในการใช้กฎหมายอิสลามของประเทศมาเลเซีย ที่มีการจัดให้มีศาลสูงชะรีอะฮฺและศาลอุทธรณ์ชะรีอะฮฺ เพื่อกลั่นกรองอีกชั้นหนึ่ง นอกจากนั้นพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่งศาลชะรีอะฮฺของรัฐต่าง ๆ ของมาเลเซียยังบัญญัติเกี่ยวกับการอุทธรณ์ไว้อย่างชัดเจนว่า การอุทธรณ์คำตัดสินใด ๆ ของศาลชั้นต้นชะรีอะห์นั้นสามารถอุทธรณ์ไปยังศาลชั้นสูงชะรีอะห์ได้ ไม่ว่าการอุทธรร์นั้นจะเกี่ยวกับคดีแพ่งหรือคดีอาญา ศาลชั้นสูงชะรีอะฮฺในคดีอาญามีอำนาจสั่งเพิกถอนคำอุทธรณ์ เพื่อเพิ่มหรือแก้ไขบทลงโทษหรือสั่งให้มีการพิจารณาคดีใหม่หรือมีอำนาจในการสั่งยกเลิกคำสั่งศาลที่พิพากษาคดีดังกล่าว ส่วนในเขตอำนาจในทางแพ่ง ศาลชั้นสูงชะรีอะฮฺมีอำนาจรับรอง ยกเลิก หรือแก้ไขคำตัดสิน หรือดำเนินการอำนาจใด ๆ หรือดำเนินการแก้ไขดังที่ศาลได้พิจารณาพิพากษา หรือมีอำนาจให้มีการพิจารณาพิพากษาใหม่และผลการวิจัยดังกล่าวสอดคล้องกับแนวปฏิบัติในการใช้กฎหมายอิสลามของประเทศฟิลิปปินส์ ที่กฎหมายกำหนดให้ศาลชะรีอะฮฺประจำภาค ทำหน้าที่เป็นศาลอุทธรณ์สำหรับคดีที่อยู่ในเขตอำนาจศาลชะรีอะฮฺประจำท้องถิ่น (Sharia Circuit Court) และได้อุทธรณ์มาสู่ศาลชะรีอะฮฺประจำภาค โดยกฎหมายกำหนดให้ศาลชะรีอะฮฺประจำภาคมีอำนาจในการพิจารณาคดีอุทธรณ์ (Appellate Jurisdiction) คดีทั้งหมดที่ได้พิจารณาพิพากษาในศาลชะรีอะฮฺประจำท้องถิ่นภายในเขตศาล ของแต่ละภาค นอกจากนั้นยังกำหนดให้คำพิพากษาของศาลชะรีอะฮฺประจำภาคหรือคำพิพากษาในกรณีที่เป็นการพิจารณาคดีอุทธรณ์มาจากศาลชะรีอะฮฺประจำท้องถิ่น คำพิพากษาทั้งสองกรณียังถือว่าไม่ถึงที่สุด สามารถที่จะนำขึ้นสู่ศาลสูงเพื่อพิจารณาได้ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ มาตรา 145

6.3 ข้อเสนอแนะ

ข้อเสนอแนะในการวิจัยประกอบด้วย ข้อเสนอแนะในการนำผลการวิจัยไปใช้ และข้อเสนอแนะในการวิจัยครั้งต่อไป ดังนี้

6.3.1 ข้อเสนอแนะในการนำผลการวิจัยไปใช้ประโยชน์

ก) ข้อเสนอแนะในการเร่งพัฒนาองค์ความรู้เกี่ยวกับกฎหมายอิสลามในประเทศไทย

ผู้วิจัยพบว่าองค์ความรู้เกี่ยวกับกฎหมายอิสลามในหมู่นักกฎหมายไทยยังจำกัดอย่างยิ่ง และยังมีช่องว่างความเข้าใจระหว่างนักกฎหมายไทยโดยทั่วไป กับนักกฎหมายอิสลามใน

ประเทศไทย โดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับ**สถานะของกฎหมายอิสลามในประเทศไทย** ทั้งนี้ เนื่องจากตามทัศนะของนักกฎหมายอิสลาม กฎหมายอิสลามมีสถานะเป็นกฎหมายศักดิ์สิทธิ์ที่อยู่เหนือกฎหมายอื่นทั้งปวง ในขณะที่ตามทัศนะของนักกฎหมายทั่วไปย่อมจะถือว่ากฎหมายอิสลามมีสถานะเป็นกฎเกณฑ์ทางศาสนา ลัทธิประเพณีอิสลามหรือเป็นกฎหมายประเพณีของอิสลามิกชนที่ได้รับการรับรองจากกฎหมายลายลักษณ์อักษรให้มีผลบังคับใช้ตามตัวบุคคลแก่อิสลามศาสนิก และจำกัดเขตบังคับไว้เพียง 4 จังหวัด ตามพระราชบัญญัติให้ใช้กฎหมายอิสลาม ในเขต 4 จังหวัดภาคใต้เท่านั้น แม้กฎเกณฑ์ทางศาสนาดังกล่าวนั้นอยู่นอกเขตอำนาจของรัฐ ก็เป็นที่เข้าใจกันว่า การปรับใช้กฎหมายอิสลามยังต้องอยู่ใต้บังคับแห่งรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุดด้วย แต่ในเรื่องนี้ นักกฎหมายอิสลามจะมีทัศนะในทางกลับกันกับนักกฎหมายทั่วไป โดยถือว่า กฎหมายอิสลามอยู่เหนือกฎหมายรัฐธรรมนูญ และรัฐธรรมนูญรวมทั้งกฎหมายอื่นที่รัฐตราขึ้น ย่อมมีผลบังคับได้ตามคัมภีร์กุรอานที่ระบุให้เชื่อฟังผู้นำของชนชาวมุสลิม และย่อมมีผลบังคับได้เท่าที่ไม่ขัดต่อหลักอิสลามเท่านั้น

นอกจากนี้ยังมีปัญหาความเข้าใจเกี่ยวกับ **ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายอิสลามกับกฎหมายอื่น ๆ** โดยเฉพาะปัญหาความขัดแย้งกันระหว่างกฎหมายอิสลามในฐานะที่เป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับบุคคลที่เป็นมุสลิม หลักเสรีภาพในการนับถือศาสนาอิสลามของชนมุสลิม รวมไปถึงสิทธิในจารีตประเพณีอันดีงามของชุมชนมุสลิมอันพึงได้รับความคุ้มครองฝ่ายหนึ่ง กับหลักสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ ตั้งแต่สิทธิของคนมุสลิมที่จะเลือกนับถือศาสนาอื่น หรือสิทธิเสรีภาพอย่างอื่นที่อาจขัดกับสิทธิเสรีภาพของชนมุสลิม รวมไปจนถึงหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีตามหลักกฎหมายทั่วไปอีกฝ่ายหนึ่ง ที่อาจมีขึ้นได้ในทางปฏิบัติหลายแง่มุมทั้งในแง่ของกฎหมายที่เกี่ยวกับครอบครัวมรดก และในขอบเขตกฎหมายอื่นอาทิเช่น หลักความเสมอภาคระหว่างชายกับหญิง หลักเอกสิทธิ์ในการบอกกล่าวหย่าฝ่ายเดียวของชาย ความสามารถในการสมรสของผู้เยาว์ กับหลักการคุ้มครองผู้เยาว์ตามรัฐธรรมนูญหรือปัญหาความสมบูรณ์ของการให้หรือการอุทิศ และนิติกรรมที่กระทำในเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ทางศาสนา ฯลฯ ความเข้าใจในปัญหาต่าง ๆ เหล่านี้จำเป็นจะต้องมีการแจกแจงเป็นประเด็น ๆ ไป และศึกษาวิเคราะห์วิจัยเพื่อหาคำตอบที่เหมาะสมและเป็นธรรม ภายใต้หลักวิชาที่สามารถอธิบายเชื่อมโยงกฎหมายอิสลามกับกฎหมายทั่วไปของประเทศไทยให้เป็นองค์ความรู้ที่เป็นเนื้อเดียวกันได้ แล้วนำมาเป็นวัตถุในการเผยแพร่ความรู้ต่อไป ทั้งยังจะเป็นฐานสำคัญและจำเป็นสำหรับการจัดทำประมวลกฎหมายอิสลามถ้าจะมีต่อไปอีกด้วย

ในแง่ขององค์ความรู้นี้ มีจุดเกาะเกี่ยวที่อาจช่วยให้การประสานระหว่างกฎหมายทั่วไปของรัฐกับกฎหมายอิสลามลงรอยกันได้ ตรงที่ความเข้าใจว่ากฎหมายอิสลามที่แท้จริงนั้นคืออะไร เพราะหากพิเคราะห์จากกำเนิดของอิสลามในดินแดนอาหรับ ก็จะพบว่ากฎหมายอิสลามก็คือ

การใช้หลักอิสลาม หรือหลักความเป็นธรรม หลักความยุติธรรมที่พระผู้เป็นเจ้าประทานให้แก่การดำเนินวิถีชีวิตของอิสลามิกชนนั่นเอง กฎหมายอิสลามจึงไม่ได้อยู่ที่บทบัญญัติ แต่อยู่ที่ความมุ่งหมายของบทบัญญัติ ดังจะเห็นได้จากการที่คัมภีร์อัลกุรอานกำหนดให้หญิงมีสิทธิได้รับทรัพย์สินตอบแทนการสมรสหรือมะฮฺร์ อันเป็นการปรับสถานะของหญิงตามประเพณีของชนเผ่าอาหรับก่อนยุคอิสลาม ให้ยกระดับจากการเป็นเพียงสมบัติที่บิดาหรือญาติฝ่ายชายของหญิงนำหญิงออกขายเป็นสมบัติของชายอื่น กลายมาเป็นคู่สมรสที่มีสิทธิได้รับค่าตอบแทนการสมรสได้ และเปลี่ยนฐานะของชายสามีจากเจ้าของทรัพย์ผู้ซื้อหญิงมา มาเป็นสามีผู้มีหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูหญิง หรือหลักการในคัมภีร์อัลกุรอานที่กำหนดให้แบ่งมรดกแก่ผู้สืบสันดานและบุพการีอย่างเป็นธรรม ก็เป็นการยกเลิกประเพณีที่หญิงไม่มีสิทธิรับมรดกตามประเพณีเดิมไปเสีย และการที่คัมภีร์อัลกุรอานกำหนดให้หญิงมีสิทธิได้รับมรดกครึ่งหนึ่งของชาย ก็เป็นการยกฐานะของหญิงขึ้น โดยยังคงยอมรับสถานะผู้นำและผู้คุ้มครองของชายในสังคมชนเผ่าอาหรับอันเป็นเผ่านักรบที่ยังต้องใช้กำลังต่อสู้กันอยู่ตลอดเวลา โดยเหมาะแก่กาลสมัยในเวลานั้นนั่นเอง ด้วยเหตุนี้กฎหมายอิสลามจึงมิได้จำกัดตายตัวอยู่เฉพาะถ้อยบัญญัติ แต่ยังต้องทำความเข้าใจประกอบกับเจตจำนงอันศักดิ์สิทธิ์คือการประสาทความเป็นธรรมที่อยู่เบื้องหลังด้วย หลักเกณฑ์อย่างอื่นที่มีขึ้นในสุนนะฮฺ หรือแนวทางที่ท่านนบีมุฮัมมัดวางเอาไว้ และกฎเกณฑ์ที่พัฒนาขึ้นโดยความเห็นพ้องต้องกันของนักปราชญ์ (อิจญ์มาอฺ) รวมทั้งการเทียบเคียง(กิยาส) ก็ล้วนแล้วแต่เป็นการปรากฏตัวขึ้นของหลักอิสลามในรูปกฎเกณฑ์ที่เป็นธรรมตามกาละและเทศะทั้งสิ้น ในแง่นี้กฎหมายอิสลามในฐานะที่เป็นการปรากฏตัวของหลักอิสลามย่อมจะเป็นสากลและเข้ากันได้กับหลักกฎหมายที่มีขึ้นเพื่อการรักษาความเป็นธรรมเสมอ เพียงแต่ต้องการองค์ความรู้ขั้นสูงเพื่อประสานหลักเกณฑ์เหล่านี้เข้าด้วยกันเท่านั้น

ข) กฎหมายสารบัญญัติอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก

1) ควรให้มีการปรับปรุง พระราชบัญญัติการใช้กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก ในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ. 2489โดยระบุให้ชัดเจนว่าการดำเนินการตามกฎหมายอิสลามมีความชอบด้วยกฎหมายและมีผลผูกพันหน่วยงานต่างๆ ของรัฐโดยมิต้องรอคำสั่งศาล

2) ควรพัฒนาหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกเป็นข้อบังคับประธานศาลฎีกา โดยให้มีการรับรองจากจุฬาราชมนตรี และกระทรวงยุติธรรม

3) ควรมีการแก้ไขและเพิ่มเติมเนื้อหาของกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกให้มีความครอบคลุมทุกประเด็นที่เกี่ยวข้องโดยตรง รวมทั้งให้ครอบคลุมกฎหมายบางลักษณะที่เกี่ยวข้องโดยอ้อม เช่น การให้ การวะก็อฟ การนะซัร เพื่อให้มีประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายอิสลามที่สมบูรณ์สอดคล้องกับนโยบายของรัฐบาลและความต้องการของประชาชน

4) ควรเพิ่มบทบัญญัติที่ยังไม่ครอบคลุมเข้าไปในหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก เช่น การหมั้น การผิดสัญญาหมั้น บุตรบุญธรรม และการเปลี่ยนศาสนาการจ่ายค่าอุปการะเลี้ยงดูหลังการสมรส และหลังการหย่าและระเบียบวิธีเกี่ยวกับการหย่าที่ชอบด้วยกฎหมาย และพินัยกรรมโดยผลของกฎหมาย (วะศียะห์วาญิบะฮ์)

5) ควรเชื่อมโยงกฎหมายอิสลามให้ครอบคลุมประเด็นซึ่งมีลักษณะเป็นการขัดกันระหว่างกฎหมาย ได้แก่ กรณีเมื่อมีการใช้กฎหมายสารบัญญัติตามหลักกฎหมายอิสลามแล้ว ผลอาจจะไปขัดแย้งกับกฎหมายอื่น เช่น การขัดแย้งกับประมวลกฎหมายอาญาเกี่ยวกับคดีการแต่งงานของหญิงที่อายุยังน้อย ในทางกฎหมายอิสลามโดยทั่วไปนั้นอนุญาตให้แต่งงานได้โดยไม่มีเงื่อนไขเรื่องอายุ ต่อมาเมื่อเกิดปัญหาทะเลาะกันก็จะนำเรื่องเข้าสู่กระบวนการทางกฎหมาย เช่น มีการฟ้องทางกฎหมายบ้านเมืองว่าพรากผู้เยาว์ เพราะอายุต่ำกว่าที่กฎหมายอาญากำหนด

6) ควรให้มีบทบัญญัติในมาตราหนึ่งมาตราใดที่บ่งชี้ถึงการเปิดโอกาสให้แก่คู่ความในการใช้หลักกฎหมายอิสลามตามแนวทางของสำนักหรือมัซฮับอื่น ๆ ตามความจำเป็นและเหมาะสมหรือตราเป็นพระราชบัญญัติที่ผ่านการพิจารณาของรัฐสภาทั้งนี้เพื่อความเป็นเอกภาพในการบังคับใช้

7) ควรมีการปรับปรุงหลักกฎหมายอิสลามให้มีความเหมาะสมโดยคำนึงถึงประโยชน์ส่วนรวมและสอดคล้องกับการเปลี่ยนแปลงแห่งยุคสมัย โดยไม่จำกัดตามมัซฮับชาฟิอีย์หรือมัซฮับหนึ่งมัซฮับใด แต่ให้นำหลักการที่ปรากฏในทุกมัซฮับเข้ามาผสมผสานบูรณาการเป็นหลักกฎหมายที่เหมาะสมกับบริบทสังคมไทย

ค) ข้อเสนอแนะในการพัฒนากฎหมายวิธีสบัญญัติอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก

1) ควรให้มีกฎหมายวิธีพิจารณาความอิสลาม โดยจัดทำเป็นข้อบังคับประธานศาลฎีกาที่ได้รับความเห็นชอบจากสำนักจุฬาราชมนตรี คณะกรรมการกลางอิสลามแห่งประเทศไทยหรือองค์กรอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง เพราะจะทำให้ศาลอิสลามหรือดะโต๊ะยุติธรรมสามารถที่จะดำเนินกระบวนพิจารณาคดีได้สอดคล้องกับหลักการอิสลาม

2) ควรกำหนดหรือปรับปรุงคุณสมบัติของดะโต๊ะยุติธรรมเพื่อให้เหมาะสมอำนาจหน้าที่และปรับเปลี่ยนกระบวนการในการคัดเลือกดะโต๊ะยุติธรรม

3) ควรมีวาระการโยกย้ายดะโต๊ะยุติธรรมเช่นเดียวกับผู้พิพากษา เพื่อป้องกันการผูกขาด หรือมิฉะนั้นก็ต้องปรับให้มีการโยกย้ายได้ โดยตั้งอยู่บนพื้นฐานของเหตุผล เช่น การโยกย้ายเพื่อเพิ่มประสบการณ์ ความรู้ความสามารถ ในการทำงาน เป็นต้น

4) ควรให้มีการอุทธรณ์คำวินิจฉัยของดะโต๊ะยุติธรรม ซึ่งอาจอุทธรณ์ไปยังศาลอุทธรณ์หรือศาลฎีกาเพื่อความถูกต้องและยุติธรรมแก่ทุกฝ่ายและควรให้มีการอุทธรณ์หรือฎีกาได้

ทุกเรื่อง ไม่ควรจำกัดสิทธิ์เหมือนใน ป.วิแพ่ง เพราะในทางแพ่งปัจจุบันมีการจำกัดเรื่องจำนวนทุนทรัพย์ แต่ในกรณีของกฎหมายอิสลามไม่ควรไปจำกัด ให้สามารถอุทธรณ์ได้ทั้งหมดหรือจะข้ามไปฎีกาเลยก็ได้ แล้วแต่กรณี

5) ควรกำหนดให้ศาลที่มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาคดีตามกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกนั้นควรมีสองชั้น คือ ศาลชั้นต้น และชั้นฎีกา นั่นย่อมหมายความว่าให้มีการจัดตั้งแผนกศาลชะรีอะฮฺในศาลฎีกาเพื่อพิจารณาอุทธรณ์คำพิพากษาของแผนกศาลชะรีอะฮฺชั้นต้น กล่าวคือให้ศาลชะรีอะฮฺประกอบด้วย 2 ชั้น ได้แก่ แผนกศาลชะรีอะฮฺในศาลจังหวัด และแผนกศาลชะรีอะฮฺในศาลฎีกา

6) ควรให้มีองค์คณะหรือคณะกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิที่มีความรู้ให้คำปรึกษาแก่ดะโต๊ะยุติธรรม มิใช่เป็นคำตัดสินของดะโต๊ะยุติธรรมแต่ผู้เดียว แต่ต้องในนามขององค์คณะ คำตัดสินที่ออกมาก็จะถือเป็นคำฟัตวาในเรื่องนั้นๆ ไปด้วย

7) ควรปรับระบบการไกล่เกลี่ยที่ดำเนินการนอกศาล ซึ่งดำเนินการโดยคณะกรรมการอิสลามประจำมัสยิดและคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัด และควรเชื่อมโยงให้สามารถใช้อำนาจศาลบังคับ ในกรณีคู่กรณีไม่ยอมปฏิบัติตาม

8) ควรขยายพื้นที่การบังคับใช้กฎหมายอิสลามทั่วประเทศ และกำหนดแนวทางที่เหมาะสมและความเป็นไปได้ในการจัดตั้งศาล เช่น การจัดให้มีแผนกศาลอิสลามกลาง หรือจัดตั้งเป็นรายจังหวัดหรือรายภาคที่มีเขตอำนาจครอบคลุมจังหวัดใกล้เคียง เพื่อที่มุสลิมทุกคนจะได้ใช้สิทธิ์ของตนตามกฎหมายอิสลามได้อย่างเสมอภาค ภายใต้บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ

9) ควรปรับเปลี่ยนให้ดะโต๊ะไปสังกัดสำนักงานยุติธรรมภาคเพื่อให้ดะโต๊ะมีความคล่องตัวในการปฏิบัติหน้าที่และเพื่อประโยชน์แก่ส่วนรวมต่อประเทศชาติและประชาชน

6.3.2 ข้อเสนอแนะในการวิจัยครั้งต่อไป

1) ควรทำวิจัยขั้นรากฐาน (Basic Research) เพื่อพัฒนาองค์ความรู้เกี่ยวกับกฎหมายอิสลามทั้งในแง่ประวัติวิวัฒนาการ และในแง่เปรียบเทียบกฎหมายอิสลามในภูมิภาคต่าง ๆ และในระบบกฎหมายสำคัญ ๆ ของโลก โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเทศภาคพื้นเอเชีย เช่นปากีสถาน อินเดีย และเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ เช่นอินโดเชีย มาเลเซีย ฟิลิปปินส์ ทั้งด้านสารบัญญัติ และวิธีสบัญญัติ

2) ควรทำวิจัยว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายอิสลามกับกฎหมายทั่วไป ทั้งในแง่กฎหมายเอกชน และกฎหมายมหาชน เพื่อหาแนวทางแก้ไขปัญหาการขัดกันระหว่างกฎหมายอิสลามและกฎหมายอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องในประเทศไทย เช่น รัฐธรรมนูญ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะต่าง ๆ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และประมวลกฎหมายอาญา เป็นต้น

เพื่อจะได้ใช้เป็นฐานในการจัดทำประมวลกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก และกฎหมายวิธีพิจารณาความอิสลาม

3) ควรมีการวิจัยเกี่ยวกับยุทธศาสตร์การพัฒนากฎหมายอิสลามในประเทศไทย

บรรณานุกรม

หนังสือ

กฎหมายตราสามดวง 1. 2505. กรุงเทพฯ: องค์การค้าคุรุสภา.

กระทรวงยุติธรรม. 2525. การสัมมนาการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลาและสตูล วันที่ 13-14 มีนาคม 2525 ณ หอประชุมเทศบาลเมืองหาดใหญ่ จังหวัดสงขลา

กำธร กำประเสริฐ. 2543. ประวัติศาสตร์กฎหมายไทยและกฎหมายหลัก กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

กำธร พันธุลาภ. 2501. "ดะโต๊ะยุติธรรม" .ดุลพาห.ปีที่ 5 เล่ม 10 ตุลาคม 2501 ; หน้า 636-647.

กิตติศักดิ์ ปรกติ . 2546. ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบซิวิลลอว์ และคอมมอนลอว์ กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

กองสารนิเทศและประชาสัมพันธ์ สำนักงานศาลยุติธรรม. ม.ป.ป. ศาลยุติธรรม. กรุงเทพฯ: คัลเลอร์บ๊อกซ์

คณะกรรมการอิสระเพื่อความสมานฉันท์แห่งชาติ. 2549. รายงานคณะกรรมการอิสระเพื่อความสมานฉันท์แห่งชาติ:เอาชนะความรุนแรงด้วยพลังสมานฉันท์: บทสรุปสำหรับผู้บริหาร. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์คณะรัฐมนตรีและราชกิจจานุเบกษา.

เชิญ โกศิน. 2499. " กฎหมายอิสลาม ". ดุลพาห ปีที่ 3 เล่ม 12 ธันวาคม 2499, หน้า 967-978.

ฟลิต, เยเรเมียส ฟอน. 2517. ประชุมพงศาวดาร ภาคที่ 79 จดหมายเหตุวันวลิต (ฉบับสมบูรณ์) . กรุงเทพฯ: ชวนพิมพ์ พิมพ์เป็นอนุสรณ์ในงานฌาปนกิจศพนายพงษ์ทอง ทองเจือ.

เด่นโต๊ะมีนา. 2532. กฎหมายอิสลาม (Islamic Law). (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

ดำรงราชานุภาพ, สมเด็จฯ กรมพระยา, นิทานโบราณคดี, คณะอนุกรรมการจัดทำเอกสารและ

บทความสดุดีบุคคลสำคัญในคณะกรรมการเอกลักษณ์ของชาติ, สำนักนายกรัฐมนตรี, กรุงเทพฯ พ.ศ. 2544

________. ม.ป.ป. ศาลศาสนา (SHARIAH COURT). ม.ป.ท.,

นัยนา เกิดวิชัย. 2543. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมาย. (พิมพ์ครั้งที่ 4). นครปฐม : นิตินัย.

ปิยนารถ บุนนาค. 2547. นโยบายการปกครองของรัฐบาลไทยต่อชาวมุสลิมในจังหวัดชายแดนภาคใต้ (พ.ศ. 2475-2516). (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

ประไพพิทยาคุณ. 2525. “บันทึกเรื่องการร่างหลักกฎหมายอิสลาม”. การสัมมนาการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลาและสตูล. กระทรวงยุติธรรม.

ประยูรศักดิ์ ชลายนเดชะ. 2539. มุสลิมในประเทศไทย. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: อัมรินทร์ ปริ้นติ้ง.

ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 18 หน้า 720 ลงวันที่ 22 ธันวาคม ร.ศ. 120.

สำนักงานคณะกรรมการสุขภาพแห่งชาติ (สช.). 2551. รวมมติและข้อเสนอจากสมัชชาสุขภาพแห่งชาติ ครั้งที่ 1 พ.ศ. 2551 กรุงเทพฯ: หจก. สหพัฒนไพศาล.

หยุด แสงอุทัย. 2524. กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล, พิมพ์ครั้งที่ 9, สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพฯ.

อิสมาแอ อาลี. มปป. กฎหมายครอบครัวอิสลาม. โครงการแปลและเรียบเรียงตำราอิสลาม ลำดับที่ 10 วิทยาลัยอิสลามศึกษา มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์ วิทยาเขตปัตตานี.

______. 2552. อุศูลุลฟิกฮฺ. พิมพ์ครั้งที่ 2. ปัตตานี: โรงพิมพ์มิตรภาพ.

วิทยานิพนธ์

ก้อซันหลี เบ็ญหมัด. 2545. “การใช้กฎหมายอิสลามลักษณะครอบครัวและมรดกของมุสลิมในจังหวัดสงขลา” วิทยานิพนธ์ศิลปศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชาอิสลามศึกษา มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์. (สำเนา)

จุฑิศพงศ์ จุฑารัตน์ . 2544. “บทบาทและหน้าที่ขุนนางกรมท่าขวาในสมัยอยุธยาถึงรัตนโกสินทร์ (พ.ศ.2153- 2435)”, วิทยานิพนธ์อักษรศาสตรดุษฎีบัณฑิต สาขาวิชาประวัติศาสตร์ ภาควิชาประวัติศาสตร์ คณะอักษรศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. (สำเนา)

สมบูรณ์ พุทธจักร. 2529. “การใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลาและสตูล” วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. (สำเนา)

สมยศ หวังอับดุลเลาะ. 2549. “การใช้กฎหมายอิสลามลักษณะครอบครัวในกรุงเทพมหานคร”. วิทยานิพนธ์ศิลปศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชาอิสลามศึกษา มหาวิทยาลัยสงขลา-นครินทร์. (สำเนา)

สมหวัง บินหะซัน. 2549. “การใช้กฎหมายอิสลามลักษณะมรดกและพินัยกรรมในกรุงเทพมหานคร”. วิทยานิพนธ์ศิลปศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชาอิสลามศึกษา มหา-วิทยาลัยสงขลานครินทร์. (สำเนา)

อับดุลเราะมัน เจะอารง. 2547. “สิทธิของภริยาในการหย่าและสิทธิที่พึงได้ตามกฎหมายอิสลาม กรณีศึกษาจังหวัดปัตตานี” วิทยานิพนธ์ศิลปศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชาอิสลามศึกษา มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์. (สำเนา)

อุดม หลำเบ็ญสะ. 2544.“ บทบาทของคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดในจังหวัดชายแดนภาคใต้ ” วิทยานิพนธ์ศิลปศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชาไทยคดีศึกษา มหาวิทยาลัยทักษิณ. (สำเนา)

Books

Abd al-Fattah. 1997. Al-Fiqh ak-Muqaran. S.l. : Dar al-Nafa-is.

Abd al-Jawad . 1991. Usul al-Qanoon Muqaranah bi Usul al-Fiqh. Alexandria: Mansha-ah al-Ma-‘arif.

Abd al-Latif, Abd al-Shafi. 1996. Muasu'ah Safir li al-Tarikh al-Islami 'Asr al-Nubuwah wa al-Khilafah al-Rashidah. Cairo: Safir.

Abdulnasir Musa, Abu al-Fadhl. 2000. Nazariah al-Hukm al-Qadha-I fi al-Shariah al-Islamiah. Al-Urdun : Dar al-Nafa-is.

Abdurrahman, Ibrahim, 1989. Al-Qadha wa Nizamuh fi al-Kitab wa al-Sunnah. Makkah: Umm al-Qura University.

Abu al-Nur, Muhammad al-Ahmadi. 1996. Manhaj al-Sunnah fi al-Zawaj. Cairo: Dar al-Salam.

Abu al-Wafa-a al-Qurshi, 1993. Al-Jawahir al-Mudhiah fi Tabaqat al-Hanafiah. Giza: Hijr li Tiba'ah wa al-Nashr wa Tuaz'I wa al-'I-lan.

Abu Bakr Uthamn bin Muhammad Shata. 1995. Hashiah I'aanah al-Talibeen, 4. Beirut: Dar al-Kutub al-'Ilmiah.

Abu Talib, Sufi Hasan. 1993. Tatbiq al-Shariah al-Islamiah Fi al-Bilad al-'Arabiah. Cairo: Jami'ah al-Qahirah wa al-Kitab al-Jami'ei.

Abu Zahrah. N.d.Usul al-Fiqh. S.l.: Dar al-Fikr al-'Arabi.

_______. N.d. Tarikh al-Mazahib al-Islamiah. S.l. : Dar al-Fikr al-'Arabi.

Ahmad Ibrahim and Ahileman Joned. 1987. Malaysian Legal System. Kuala Lumpur: Dewan Bahasa dan Pustaka.

Al-'Alam, Yusof Hamid. 1997. Al-Maqasid al-'Ammah li al-Shari'ah al-Islamiah. 3th ed. Cairo: Dar al-Hadith.

Al-Albani. 1400. Ghayah al-Maram fi Takhrij Ahadith al-Halal wa al-Haram. Beirut: Al-Maktab al-Islami

Al-Aghbash, Abdurrahman. 1996. Al-Siyasah al-Qadha-i-yah fi 'Ahd 'Umar bin Khattab. Al-Riyadh: Jami-'ah al-Imam Muhammad bin Su-'ud al-Islamiah.

Al-Albani, Muhammad Nasir al-Din. .1992. Silsilah al- Ahadith al-Dhai'fah wa al-Maudua'h wa Atharuha al- Saie fi al-Ummah , 2. Al-Riyadh: Maktabah al-Maa'rif.

Al-Ashqar, 'Umar Sulaiman. 1982. Tarikh al-Fiqh al-Islami. Kuwait: Maktabah al-Falah.

Al-'Asqalani, Ibn Hajar. 1987. Fath al-Bari.9. Cairo: Dar al-Raiyan.

_______ . 1987. Fath al-Bari. 15. Cairo: Dar al-Raiyan.

_______.2001. Fath al-Bari, 13. Qahirah: al-Maktabah al-Salafiah.

Al-Dusuqi, Muhammad and al-Jabir, Aminah. 1999. Muqaddimah fi Dirasah al-Fiqh al-Islami. al-Duahah: Dar al-Thaqafah.

Al-Ghazali, 1991. Al-Mar-ah fi al-Islam, Cairo: Akhbar al-Yaum.

Al-Haaj, Sasi Salim.1992. Naqd al-Khitab al-Istishraqi al-Zahirah al-Istishraqiah wa Atharuha ala al-Dirasat al-Islamiah, 2. Malta: Markaz Dirasat al-'Alam al-Islami.

Al-Haitami, Ibn Hajar Abu Abbas Ahmad al-Makki. 1865. Tuhfah al-Muhtaj bi Sharh al-Minhaj. 4. S.l.: al-Wahbah.

Al-Halabi, Muhammad Mustafa. 1962. Al-Madkhal fi al-T'arif bi al-Fiqh al-Islami. S.l. Matba-'ah Dar al-Talif.

Al-Hattaab. 1987. Mawahib al-Jalil li Sharh Mukhtasar al-Khalil.6. S.l. : Al-Sa-adah.

Al-Jaridah al-Rasmiah, 4 (Mukarrar), 29 January 2000: 2-30

Al-Juwaini, Abdulmalik bin Abdullah. 1418. Al-Burhan fi Usul al-Fiqh. S.l.: Al-Wafaa.

Al-Kasani, 'Ala al-Din Abu Bakr bin Mas-'ud. 1982. Badi-i'e al-Sana-i'e fi Tartib al-Shara-i'e. 7. Beirut Dar al-Kitab al-'Arabi

Al-Maghribi, Muhammad Najib 'Iwadhain. 1999. Al-Madkhal li Dirasah al-Fiqh al-Islami. Cairo: Dar al-Thaqafah al-'Arabiah.

Al-Mallah, Husain bin Muhammad. 2001. Al-Fatwa Nash-atuha wa Tatauwuratuha Usuluha

wa Tatbiqatuha , 1. Beirut: al-Maktabah al-Asriah.

Al-Mawardi, Abu al-Hasan A'li bin Muhammad. 1989. Al-Ahkham al-Sultaniah wa al-Wilayat al-Diniah. Al-Kuwait: Dar Ibn Qutaibah.

Al-Muti-e', 1980. Muhammad Najib. Kitab al-Majmu' Sharh al-Muazzab li Al-Shairazi. 18. Jeddah: Maktabah al-Irshad.

Al-Muradi, Muhammad Khalil bin A'li bin Muhammad bin Muhammad al-Dimashqi. 1988. A'arf al-Basham fi man wala Dimashq al-Shamm. Beirut: Dar Ibn Kathir.

Al-Qal-'aji.1988. Dirasah Tahliliah li Shakhsiah al-Rasul Muhammad Sallallah alih wa Sallam. Beirut: Dar al-Nafais.

Al-Qarafi. 1346. al-Furuq. 1. Dar Ihya al-Turath al-'Arabiah.

Al-Qaradhawi, Yusof. 1993. Al-Hall al-Islami Faridhah wa Dharurah. Cairo: Wahbah.

Al-Qasimi, Muhammad Jalal al-Din. 1992. Mahasin al-Tawil. Beirut: Dar Ihyaa al-Kutub al-'Arabiah.

Al-Qasimi, Dhafir. 1992. Nidramulhukm fi Al-Shariah wattarik Al-Islami. Beirut: Darul-nafaiz.

Al-Qummi, 'Abbas. N.d. Safinah al-Bihar. 1. Beirut : s.n.

Al-Qurtubi, 2006a. Al-Jam'I li Ahkam al-Quran. 3. Beirut: Al-Risalah.

_______.2006b. Al-Jam'I li Ahkam al-Quran. 4. Beirut: Al-Risalah.

Al-Ramli, Shams al-Din Muhammad bin Ahmad. 1967. Nihayah al-Muhtaj.8. Cairo: Mustafa al-Babi al-Halabi.

Al-Rifa-I, Mustafa. 1990. Nizam al-Usrah 'Ind al-Muslimin wa al-Masihiyin fiqhan wa Qadha-an. Beirut: al-Sharikah al-'Alamiah li al-Kutub Shain Laam Meem.

Al-Sallabi, Ali Muhammad Muhammad. 2002. Fasl al-Khitab fi Sirah ibn al-Khattab Amir al-

Muminin'Umar bin al-Khattab Radhiya Allah 'Anh Shaksiyatuh wa 'Asruh. Cairo: al-Sahabah.

Al-San-'ani, Muhammad bin Isma-'il. 1994. Subul al-Salam. 3. Cairo: Dar al-Hadith.

Al-Shafi-I, Muhammad bin Idris. 2001. Al-Umm. 9. Al-Mansurah: Dar al-Wafaa.

Al-Sharabnasi, Ramadhan Saiyid. 1403. Al-Madhal li Al-Dirasah al-Fiqh al-Islami Tatau-wuruh - Madarisuh - Masadiruh – Qawa-i'duh – Nazariyatuh. Al-Mansurah: Al-Amanah.

Al-Sharbini. 1997. Mughni al-Muhtaj.4. Beirut: Dar al-Fikr.

Al-Shirazi, Abu Ishaq Ibrahim. 1985. Al-Luma' fi Usul al-Fiqh. Beirut: Dar al-Kutub al-'Ilmiah.

________.1995. Al-Muhazzab fi Fiqh al-Imam al-Shafi-e'. 2. Beirut: Dar al-Kutub al-I'l-miah.

Al-Shuakani, n.d. Nail al-Autar. Cairo: Mustafa al-Babi al-Halabi.

Al-Suyuti, Abd al-Rahman bin Abu Bakr. 1969. Tarikh al-Khulafaa. Cairo: Al-Fajalah al-Jadidah.

Al-Samnani, Abu al-Qasim 'Ali bin Muhammad bin Ahmad. 1984. Raudhah al-Qudah wa Tariq al-Najah. 1. Beirut: Dar al-Furqan.

Al-Tabari, Abu J'afaf Muhammad bin Jarir. 1997. Tarikh al-Tabari. Beirut: Dar al-Kutub al-'Ilmiah.

Al-Tirmizi ,Muhammad Bin I'sa. 1968. Al-Jami' al-Sahih,3. Cairo: Mustafa al-Babi al-Halabi wa Auladuh.

Al-Zarkashi. 1992. Al-Bahr al-Muhit fi 'Usul al-Fiqh. Ghardaqah : s.n.

________. N.d. Al-Burhan fi 'Ulum al-Quran.2. Beirut: Dar al-M'arifah.

Al-Zarqa, Mustafa Ahmad .1998. al-Madkhal al-Fiqhi al-A'am, 1. Damascus: Dar al-Qalam.

Al-Zuhaili,Muhammad. 2007. al-Tanzim al-Qadha-I fi al-Fiqh al-Islami Dirasah Muqaranah. Damascus: Dar al-Fikr.

Al-Zuhaili,Wahbah. 1985. Al-Fiqh al-Islami wa Adillatuh, 1. Damascas: Dar al-Fikr.

________.1989a. Al-Fiqh al-Islami wa Adillatuh, 1. Damascas: Dar al-Fikr.

________.1989b. Al-Fiqh al-Islami wa Adillatuh, 6. Damascas: Dar al-Fikr.

________.1998a. Usul al-Fiqh al-Islami. 1. Damascas : Dar al-Fikr.

________.1998b. Usul al-Fiqh al-Islami. 2. Damascas : Dar al-Fikr.

Arnus, Mahmud Muhammad. n.d. Tarikh al-Qadha fi al-Islam. Cairo: al-Matba'ah al-Misriah al-Ahliah al-Hadith.

Audah, Abdulqadir. n.d. al-Tashr'I al-Jina-I al-Islami. Beirut: Dar al-Turath al-'Arabi.

Badawi, Ibrahim Abd al-'Aziz. 1996. T'ayin al-Qadi wa 'Aawanih fi al-Islam Dirasah Muqaranah. S.l. : s.n.

Burhanuddin, Ibn Muflih Abu Ishaq Ibrahim bin Muhammad bin Abdullah. 1980. Mubd'i fi Sharh al-Muqonn'a.10. Damuscus: al-Maktab al-Islami.

Coulson, N.J., 2011, History of Islamic Law, (Reprint of 1964 Edition), Edinburg U. Press

Datu Michael O. Mastura. 2010 . Filipino Muslims and Issues of Governance in the Philippines: Some Thoughts by a Local Practitioner , in "Islam and Civilisational Renewal" Volume 2 • Number 1 • October 2010 . p 145 -155.

Faiz, Ahmad .1992. Dustur al-Usrah fi Zilal al-Quran. Beirut : Muassasah al-Risalah

Ghazali Haji Abdul Rahman. 1993. Resolutions of the Securities Commission Shariah Advisory Council. Perpustakaan Negara Malaysia, Kuala Lumpur.

Halabi, Muhammad Mustafa.1962. Al-Madkhal fi al-T'arif bi al-Fiqh al-Islami wa Qawa'id al-Milkiah wa al-'Uqud fih. S.l.: Dar al-Talif.

Hasan, Ibrahim Hasan. 1996. Tarikh al-Islam. Cairo : Maktabah al-Nahdhah al-Misriah

Hashim, Ahmad 'Umar.1986. Taisir Mustalah al-Hadith. Cairo: al-Azhar.

Hooker, M.B. 1992. Undang – Undang Islam di Asia Tengara.Kuala Lumpur: Dewan Bahasa dan Pustaka.

Ibn Farhun. N.d. Tabsirah al-Hukkam fi 'Usul Aqdhiyah wa Manahij al-Ahkam. 1. Beirut: Dar al-Kutub al-Ilmiah.

Ibn Hazm, Abu Muhammad 'Ali bin Ahmad bin Sa'id .1930a. Al-Muhalla. 9. Cairo: Idara al-Tiba'ah al-Muniriah.

_______.1930b. Al-Muhalla.10. Cairo : Idara al-Tiba'ah al-Muniriah.

Ibn Khaldun , Abdurrahman Bin Muhammad al-Hadhrami. 2001. Muqaddimah Ibn Khaldun. 1. Beirut: Dar al-Fikr.

Ibn Jauzi, n.d. Gharib al-Hadith. S.l.: Dar al-Kutub al-'Ilmiah.

Ibn Qudamah, Abu Abdullah Muhammad bin Ahmad. 1984a. Al-Mughni. 9. Beirut: Dar al-Fikr.

_______. 1984b. Al-Mughni.11. Beirut: Dar al-Fikr.

Ibn Manzur. 1990. Lisan al-Arab. , 8. Beirut: Dar Sadir

Ibn Qaiyim. 1973. 'I-lam al-Muwaqqi'in. 1 S.l.: Dar al-Jail.

Ibn Taimiah. 1421. Iqtidha al-Sirat al-Mustaqeem li Mukhalafah Ashab al-Jaheem. S.l. : Maktabah al-Rush.

Inalcik, Khalil. 2002. Tarikh al-Dualah al-Uthmaniah min al-Nushuu ila al-Inhidar. (Osmansko carstvo-Klasicna dobo 1300 – 1600) Translated by Muhammad al-Arna-ut. Beirut: Dar al-Madar al-Islami.

'Imad al-Din, Khalil. 1992. Qalu 'a n al-Islam. Al-Riyadh: Safir.

Jad al-Haqq, A'li Jad al- Haqq. 1995. Al-Fiqh al-Islami Murunatuh wa Tatuawuatuh. Qahirah: al-Mushaf al-Sharif.

Khallaf, Abdulwahhab. 1375. Ilm Usul al-Fiqh wa Khulasah Tarikh al-Tashri' Islami. Al-

Kuwait: Dar al-Qalam.

________. 1985. al-Sultat al-Thalath fi al-Islam : al-Tashrie' wa al-Qadhaa wa al-Tanfiz. Kuweit: Dar al-Qalam li al-Nashr wa al-Tuazie'.

________. 1996. Ilm Usul al-Fiqh wa Khulasah Tarikh al-Tashri' Islami. Qahirah: Dar al-fikr al-Arabi.

________. n.d. Khulasah Tarikh al-Tashrie' al-Islami. Kuwait: Dar al-Qalam.

Khudhri, Muhammad. 1995. Tarikh al-Tashri' al- Islami. Beirut: Dar al-fikr.

Madkur, Muhammad Sallam. n.d. al-Qadha fi al-Islam. S.l.: Dar Nahdhah.

Muhammad 'Iwadh, Abdul'aziz. 1969. Al-Idarah al-Uthmaniah. Cairo: Matab'I Dar al-Ma'arif.

Muhammad Ibn Al-faraj Al-Qurtubi Al-Maliki (1426h) Aqdhiya Rasullulloh Beirut: Dar kitaab Al-arabi.

Nassar, Husain. n.d. Safahat min al-Qadha al-Islami. Cairo: Matab'i al-Manar al-'Arabi.

Qattan 2001. Tarikh al-Tashrie' al-Islami. Cairo: Maktabah Wahbah.

Ramizah Wan Muhammad, 2006. "Administration of Islamic Judicial System in ASEAN Countries with Particular Reference to Malaysia", A thesis submitted in fulfilment of the requirement for the degree of Doctor of Philosophy Ahmad Ibrahim Kulliyyah of Laws International Islamic University Malaysia.

Shaltut, Mahmud. 2001. Al-Islam 'Aqidah wa Shariah, 13^{th} ed. Cair : Dar al-Shuruq.

Rohe, Mathias. 2009. Das islamische Recht, Geschichte und Gegenwart, Munich.

Sharf al-Din, Abd Al-Azim. 1985. Tarikh al-Tashrie' al-Islami wa Ahkam al-Milkiah wa al-Shuf-a'h wa al-A'qd. Cairo: al-Arabi li al-Nashr wa Tuazi'e.

Uthman, Muhammad Rafat. 1992. al-Qadha fi al-Fiqh al-Islami. Tanta: al-Azhar al-Hadithah.

Wasil, Nasr Farid. 1403. Al-Sultah al-Qadha-iah wa nizamuh fi al-Islam. Cairo: al-Tuafiqiah.

_______.n.d.a Nizam al-Qadhaa fi al-Islam . Cairo: Maktabah Taufiqiah.

_______.n.d.b Al-Madkhal al-Wasit li Dirasah al-Shariah wa al-Fiqh wa al-Tashri'e. s.l. : Maktabah Taufiqiah.

Wizarah al-Auqaf wa Shu-un al-Islamiah1418. Al-Mausuah al-Fiqhiah al-kuwaitiah, 1. Cairo: Matab'I al-Ahram.

Yaghi,Isma'il Ahmad. 1998. Al-Dualah al-Uthmaniah fi al-Tarikh al-Islami al-Hadith. S.l.: Maktabah 'Abikan.

Zaidan,Abd al-Karim. 2001. Al-Madkhal li Dirasah al-Shariah al-Islamiah. Alexandria: Dar 'Umar bin khattab.

เว็บไซต์

Department of Syariah Judiciary Malaysia, 2006 [Online]
แหล่งที่มา:
http://www.jksm.gov.my/jksmv2/index.php?option=com_wrapper&view=wrapper&Itemid=8&lang=en [2011, April 15.]

http://www.esyariah.gov.my [2012, March 31.]

ราชบัณฑิตสถาน. 2007. พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 [Online]
แหล่งที่มา:
http://www.royin.go.th/th/home [2012, March 31.]

สำนักประธานศาลฎีกา. 2012. สำนักประธานศาลฎีกา [Online]
แหล่งที่มา:
http://www.coj.go.th/opsc/info.php?info=about [2012, March 31.]